

حاشية

كتاب الملك كرام

تأليف

المحقق الفقيه الشيخ آقا رضا الهمداني قدس سره

التمت في سنة ١٣٢٢ هـ

تحقيق

محمد رضا الانصاري



حَاشِيَةٌ

كِتَابُ الْمَكَايِبِ

تَأَلَّفَ

الْمُحَقِّقُ الْفَقِيهَ الشَّيْخَ آقَارِضًا الْأَهْمَدَانِي قَدِّسَ سِرُّهُ

الْمُتَوَفَّى سَنَةِ ١٣٢٢ هـ

تَحْقِيقَ

الشَّيْخَ مُحَمَّدَ رِضَا الْأَنْصَارِيِّ الْقُمِّيَّ



# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

طُبِعَ هَذَا الْكِتَابُ عَلَى نَفَقَةِ الْمُحْسِنِ الْكَرِيمِ

الْحَاجِّ مُحَمَّدٍ تَقِي عَلاَقَتَيْنِ

تَقَبَّلَ اللَّهُ مِنْهُ



همدانی، رضا بن محمد هادی، ۱۲۴۱؟ - ۱۳۲۲ق.  
 حاشیه المکاسب [مرتضى أنصاری] / تألیف رضا بن  
 محمد هادی الهمدانی؛ تحقیق محمدرضا الأنصاری  
 القمی. - قم: محمدرضا أنصاری قمی، ۱۳۷۸.  
 ۵۴۰ ص.

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیفا .

عربی.  
 کتابنامه: ص. [۵۳۴] - ۵۳۵؛ همچنین به صورت

زیر نویس.  
 ۱. أنصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.  
 -- المکاسب -- نقد و تفسیر. ۲. معاملات (فقه).  
 الف. أنصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.  
 المکاسب. شرح. ب. أنصاری، محمدرضا، ۱۳۳۷ -  
 مصحح. ج. عنوان. د. عنوان: المکاسب.

۳۹۷/۳۷۲  
 هج/م ۱۸۸۵ الف

BP۱۹۰/۱/الف ۷۰۳۹

۱۰۲۹۷-۷۸م

کتابخانه ملی ایران

## هویة الكتاب

- اسم الكتاب: ..... حاشیه کتاب المکاسب
- المؤلف: ..... الفقیه المحقق الحاج آقا رضا الهمدانی رحمته الله
- المحقق: ..... محمدرضا الأنصاری القمی
- تنضيد الحروف والإخراج الفني: ..... صلاح الموسوي
- الفلم والألواح الحساسة ..... تیزهوش - قم
- الطبعة: ..... الأولى - ۱۴۲۰هـ
- المطبعة: ..... ستاره - قم
- العدد: ..... ۲۰۰۰ نسخة

ISBN 964-330-787-5

شابک: ۵ - ۷۸۷ - ۳۳۰ - ۹۶۴

## المقدّمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على خير الخلق أجمعين، محمّداً صلّى الله عليه وعلى آله الطّيبين الطّاهرين.

لا يخفى على من تتبّع سيره الدراسة في الحوزات العلميّة الشيعيّة أو درس فيها أهميّة مؤلّفات الشيخ مرتضى بن محمّد أمين الدزفولي الشهير بـ«الانصاري» (المتوفّى سنة ١٢٨١هـ) في الفقه والأصول وفقه المعاملات، ويجد أنّ جميعها تمتاز بالعمق العلمي، والدقّة المتناهية، واستيعاب المادّة من جميع جوانبها، مع بيان سهل بعيد عن أسلوب القدماء في الغموض والإغلاق، هذا كلّّه إلى جانب منهجيّة الشيخ المبتكرة، وأسلوبه في عرض المادّة، فهو رحمه الله مبتكر هذه الطريقة حيث لم يُشاهد في مؤلّفات معاصريه في الحوزات الشيعيّة أو من سبقه من جاراها أو تقدّم عليه، ونحن لسنا في صدد استعراض الشيخ في كتبه، لكن نحاول الإشارة إلى جانب مهم في أسلوبه ألا وهو الجمع والعرض، خاصّة في كتابيه (فرائد الأصول) و(المكاسب)، فقد استطاع الشيخ بتضلّعه في الفقه والأصول وإحاطته بأقوال المتقدّمين والمتأخّرين أن يجمع في شرح موضوع معيّن شتات الآراء المبتوثة في ثنايا

الكتب وأن يركّز على كلمات معدودة بدل الكمّ الهائل، فتراه يختار من بين صفحات عديدة جملة مختصرة لكنّها تحتوي على أصل الفكرة، ثمّ بعد جمعه لذلك تبدأ المرحلة الأهمّ ألا وهي نقد الأقوال المطروحة وتزييف الأدلّة المعتمدة، وهي مهمّة صعبة - إن لم نقل مستحيلة - خاصّة إذا لاحظنا أن من يواجههم الشيخ هم عيون البشر وجهابذة العلم كالطوسي والمحقّق والحليّ والشهيد من المتقدمين وغيرهم من المتأخّرين، لكنّه رحمه الله لا تهابه العناوين والأشخاص في مجابهة النقد العلمي، رغم تقديره البالغ لهم، فتراه خلال أسطر قليلة ينسف آراء مدرسة علم من الأعلام كانت لها السيادة طوال قرون عديدة، فيبني على انقراض المدرسة المنهارة، باجتهاده العميق، واسلوبه البديع، كيأنّاً جديداً مطابقاً لروح الشريعة، ومقتضيات الزمان، مع فهم جديد لها، ترتاح له النفس، ويسكن إليه القلب. وهذه الخصائص والمميّزات هي التي أدّت إلى سيادة مصنفات الشيخ وآرائه على الحوزات الشيعية مدّة تزيد على قرن ولا زالت، وأصبح مصنفان من مصنفات الشيخ وهما كتاب (فرائد الأصول) المشتهر بـ (الرسائل) في أصول الفقه، و(كتاب المكاسب) في فقه المعاملات مدار الدراسة في مرحلتي السطح والخارج. أمّا كتاب المكاسب فقد فاق قرينه في الشهرة والعناية وذلك لأسباب عديدة أهمّها كونه آخر مؤلّفات الشيخ، حيث كتبه وهو في قوّة نضجه العلمي، وكمال منهجيّته الفقهيّة والأصوليّة، واستقامة مبانيه في مباحث المعاملات، وذلك بعد أن درّس المادّة، وناقش أسسها ومبانيها مع أفاضل تلامذة درسه، فخرج الكتاب جامعاً مانعاً، بعيداً عن الهفوات والزلات، وتضارب البناء مع المبنى، كما هو المتعارف في مثل هذه الموسوعات الفقهيّة، حيث أنّ تنوّع المادّة وتفرعاتها وتشعباتها أحياناً يُفقد المؤلّف القدرة على حفظ استقامة البحث ومنهجيّته، فيقعّ في هفواتٍ وزلاتٍ وتناقضاتٍ تؤدّي إلى هبوط القيمة العلمية للتأليف، هذا فضلاً عن أنّ الكتاب متفرّد في مادّته وأسلوبه، فقد فاق فيه من تقدّم عليه ولم يلحق به من تأخّر عنه، وهذه الصفات هي التي حدّث بشيخ

القانونيين العرب، وصاحب التأليفات المشهورة في القانون المدني، الدكتور عبدالرزاق السنهوري، أن يُطلق كلمته المشهورة من على منبر كلية الحقوق بجامعة بغداد في الستينيات من هذا القرن، فإنه بعد أن أوصى المحققين العراقيين بالاستعانة بفقهِ الإمامية وأصولها وجعلها من مصادر التشريع الرئيسية في سنّ القوانين المدنية والمجزائية في الدول الإسلامية وخاصة العراق قال ماضمونه: «إنني لم أكن أعرف قبل سفري إلى العراق آراء الشيخ الأنصاري ونظرياته في فقه المعاملات والتجارة، ولو وقفتُ عليه قبل تصنيفي لكتاب (نظرية العقد) لكنت قد غيرت أو بدلت أو عدلت أو صححت كثيراً من نظرياتي في هذا الكتاب».

وقد حظي كتاب المكاسب باهتمام العلماء منذ أن بزغ نوره للوجود سنة ١٢٨٠هـ، حيث كُتبت عليه حواش وتعليقات عديدة، ولعلّ من أوائل من شرحه وعلّق عليه تلميذه وخريج مدرسته، ألا وهو شيخنا الهمداني رحمته الله، ولكن للأسف بقيت حاشيته مخطوطة حبيسة في زوايا المكتبات الخاصة، ولم يُطَّلَع عليها إلا بعض النابهين من الأعلام، ومَن يفتشون عن دقائق الآراء دون رقائقتها، ولما كانت وجهة شيخنا العلامة آية الله العظمى الوحيد الخراساني - دام ظلّه الوارف - في محاضراته عن فقه المعاملات المبنية على كتاب المكاسب وديده طرَح الأفكار الجديدة، والتعرّض لآراء الأفذاذ من شراح «المكاسب» كالتائيني والإصفهاني واضرابها، وفك رموز أفكارهم وتحليل نظرياتهم. رأيتُ أن تحقيق هذه الحاشية ونشرها يندرج في بلورة هذا الهدف ويساعد في كشف جانب من أفكار الشيخ وآرائه المختزلة في عباراته، كما تعدُّ خدمة علمية، ومساعدة في انبثاق رؤية جديدة، وآفاق نظرية حديثة لفقه المعاملات، والتي تتطوّر يوماً بعد يوم بتطوّر الحياة المدنية، وتتوسّع آفاقها ومجالاتها، والله من وراء القصد.



## ترجمة المؤلف عليه السلام:

هو الشيخ رضا بن محمد هادي الهمداني النجفي عليه السلام، الفقيه، الديّن، الزاهد، الورع، الثقة، فريد عصره في طريقته وعلمه وزهده وورعه لم يعهد مثله، كان من أجلة الفقهاء الورعين، ومن الأصوليين المحققين، والجامع لعلوم مدرستي النجف الأشرف وسامراء، ولد بمدينة همدان في حدود سنة ألف ومائتين وخمسين هجرية أو بعدها، درس المبادئ في مسقط رأسه ثم هاجر إلى النجف الأشرف فحضر على شيخ العلماء المتأخرين الشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري، ثم على الإمام المجدد السيد ميرزا محمد حسن الشيرازي، فلامه في درسه وحلّه وترحاله، فهاجر معه إلى سامراء بصحبته واستفاد من غير علمه، ثم عاد بعد سنوات عديدة إلى النجف الأشرف، بعد أن ذاع صيت علمه وفضله، وأصبح من أعلامها، وحلّق حوله جماعة كبيرة، ولحسن حظّ المترجم له أنّ عدداً من خيرة تلامذته كتبوا عن سيرته وحياته وأخلاقه، منهم العلامة السيد محسن الأمين العاملي في (أعيان الشيعة) والشيخ آقا بزرگ الطهراني في (طبقات أعلام الشيعة).

قال الشيخ الطهراني: «الشيخ آغا رضا ابن الشيخ محمد هادي الهمداني

النجفي، من أكابر العلماء المحققين، ومشاهير مراجع عصره، كان والده من العلماء الصُّلحاء، وكان هو من أجلة الفقهاء وأفضل الأعلام، هاجر إلى سامراء فلازم درس السيّد المجدّد الشيرازي سنين طوالاً، وكان يكتب تقريراته، وداوم على ذلك مدةً مديدة إلى أن اشتهر أمره بين العلماء والأفاضل، وبرز بين زملائه الكاملين بروزاً ظاهراً، وعُدَّ من أعظم تلاميذ السيّد المجدّد وأبرعهم في الفقه، وأطلعهم في الأصول، عاد إلى النجف في حياة استاذة، فالتفّ حوله جمعٌ من أهل الفضل، واشتغل بالتدريس والتأليف والإمامة وغيرها من الوظائف، وكان ذا اطلاعٍ واسعٍ في الفقه واصوله، وخبرة وتضلّع فيها، شهد له بذلك جمعٌ من معاصريه وكثير من المتأخرين عنه، وهو من أزهد أهل عصره وأورعهم وأتقاهم، كان يقضي أكثر أوقاته بين مطالعة وتدريس وكتابة وبحث، وكان في غاية الإعراض عن الدنيا والزهد فيها، كما كان على جانب عظيم من طهارة القلب وسلامة الذات، والبعد عن زخارف الدنيا، رجع إليه النَّاسُ في التقليد بعد وفاة أستاذه الشيرازي سنة ١٣١٢هـ، وعلّق على كتاب (نجاة العباد) لعمل المقلّدين، لكن ثَقُلَ عليه ذلك كراهة الرئاسة والزعامة، وفراراً من المسؤوليات التي تُلقَى على عاتق المرجع، وكان صادقاً في ذلك حيث رأيناه بعد أن رأس وقُلّد كما كان سابقاً لم يتغيّر سيرته ولا مأكله ولا ملبسه، واتّفق أن لم يطل ذلك، فقد ابتلى بالنسيان بعد فاصلة غير طويلة، وامتنع عن الفتيا وبقي مواظباً على التدريس. وقد تخرج عليه جماعة من الأجلاء منهم:

الشيخ ابوالقاسم بن محمّد تقي القمي، والشيخ محمّد تقي الطهراني المقدّس، والشيخ جعفر آل الشيخ راضي، والشيخ علي القمي، والشيخ عبدالحسين ابن الشيخ محمّد تقي آل الشيخ اسد الله التستري الكاظمي، والسيد محسن الأمين العاملي، وابن اخته وصهره الشيخ علي الهمداني، والشيخ علي ابن الشيخ باقر الجواهري، والشيخ علي الحلّي، والاخوان الشيخ أحمد والشيخ محمّد الحسين آل



كاشف الغطاء، والشيخ جواد البلاغي، والسيد شكور الطالقاني، وعدّة من آل صاحب الجواهر وآل كاشف الغطاء وغيرهم وهؤلاء من فضلاء الطبقة الأخيرة من تلاميذه الذين أدركت بحثه معهم.

ومن قدماء تلاميذه: الحاج محمد حسن كُتبه (كما حدّثني به رحمه الله)، والسيد حسن الصدر (كما ذكره في بغية الوعاة)، وغيرهما أيضاً ممن لا أذكر أسمائهم. وكانت له مع تلاميذه وغيرهم من مختلف الطبقات سيرة حسنة، يتواضع لهم، ويدربهم ويفيدهم بأعماله كما ينفعهم ويهديهم بأقواله، وقد تأثر بسيرته جمعٌ من تلامذته فكانوا نظرائه في حسن السمعة عند الناس، وكان مترسلاً في العيش إلى أبعد حدٍّ، يمشي في الليل والنهار وحده دون أن يكون بخدمته أحدٌ من تلامذته أو غيرهم، فقد كان لا يسمح لهم بذلك، وكانت العادة في ذلك العصر أن يُحمل إمام العلماء والأعيان سراجٌ في الليل، أما المترجم له فكان غير حاضرٍ لذلك أيضاً، وكان يجلس مع تلامذته وأصحابه وكأنّه أحدهم، يترسّل في حديثه وجلسته، لم يسمع عنه أنّه استغاب أحداً طيلة عمره، وكان لا يسمح لأحد أن يغتاب آخر في مجلسه، فإذا أحسّ بمثل ذلك أورد مسألة علميّة في الحال وصرفهم عما كانوا فيه، وكان يقيم الصلاة بمسجدٍ قرب داره لم يزل يُعرف باسمه حتى اليوم، وكان يأتّم به الأخيار والأتقياء، مرض في الأواخر بالسلّ، فسافر إلى سامراء لتغيير الهواء، فتوفّي بها صباح الأحد ٢٨ صفر عام ١٣٢٢هـ عن نيفٍ وسبعين سنة، ودفن في الرواق الشريف من جانب أرجل الإمامين عليه السلام في الصّفة الأخيرة التي يطلع شبابها إلى زاوية الصحن المنور<sup>(١)</sup>.

هذا وقد أسهب تلميذه الآخر العلامة السيد محسن الأمين العاملي في ترجمته خلال عدّة فصول فتحدّث عن وصف حاله العلمية، وزهده وورعه وتقواه، ووثوق الخاصّة والعامة به بما لا يتقونه غيره، وتواضعه الشديد وحملة نفسه عليه في

كلّ شيء، وكراهة الشهرة وانغزاله عن الناس، ومبدأ أمره ومنتهاه، وبعض آرائه العلميّة، وبعض أحاديثه، وولده ومشايخه وتلاميذه ومؤلفاته، كلّ ذلك في الجزء التاسع ص ٢٣ - ١٩ من كتاب (أعيان الشيعة) فراجع.

### مؤلفاته:

ترك شيخنا الهمداني آثار جلييلة أهمّها وأشهرها:

١ - مصباح الفقيه: وهو الكتاب الذي نال به مؤلفه شهرته الخالدة في الفقه، بل انتسب المؤلّف إلى المؤلّف، واشتهر بأنّه صاحب (مصباح الفقيه)، وقيل في حقّه أنّه لا يستغني عنه الطالب المتوسط والفقيه المجتهد المتمرس، وهو شرح مرزجى لكتاب (شرائع الإسلام) للمحقّق الحليّ، وكانت طريقته في تأليفه أنّه في كلّ يوم كان يكتب منه مقدار صفحة ثمّ يليها في صبيحة يوم التالي على تلامذته في مجلس البحث، فرّبما كانوا ينتقدونه في بعض العبارات ويدوّن ما اجتمع رأيهم عليه أخيراً، وقد خرج منه كتاب الطهارة والصلاة والزكاة والخمس والصوم والرهن، وقد حالت المنيّة بين المؤلّف وإكمالها للكتاب، وقال آية الله العظمى السيّد محمّد الروحاني رحمه الله لو كانت دورة «مصباح الفقيه» كاملة لأستغني الفقهاء عن كتاب (جواهر الكلام). وقد خرج هذا السفر أخيراً في طبعة محقّقة وباخراج جميل في ١٤ مجلّد على نفقة المحسن الكريم الحاج محمد تقي علاقبندان، دام فضله.

٢ - ذخيرة الأحكام في مسائل الحلال والحرام: وهي رسالته العملية لمقلّديه في العبادات، وقد ترجمت إلى الفارسية باسم (الهداية) سنة ١٣١٩هـ.

٣ - الوجيزة في الفقه: وهي في مهمّات مسائل الحلال والحرام ممّا يتعلّق بالطهارة والصلاة والصوم.

٤ - حاشية الرسائل: وقد سمّاها بـ (الفوائد الرضويّة على الفرائد المرتضويّة) فرغ منها في ٢١ جمادى الأولى سنة ١٣٠٨هـ، وطبع سنة ١٣١٨هـ بطهران طبعة حجرية.

٥ - تقارير: من أول كتاب البيع إلى آخر الخيارات لبحث استاده الميرزا محمد حسن الشيرازي رحمته الله.

٦ - تقارير: في أصول الفقه لبحث استاده الميرزا محمد حسن الشيرازي رحمته الله.

٧ - الحاشية على (رياض المسائل).

٨ - الحاشية على كتاب (نجاة العباد).

٩ - حاشية المكاسب: وهو هذا الكتاب، حيث ضمّنه المصنّف تعليقاته على كتاب (المكاسب) للشيخ الأنصاري، وهي تبدأ من كتاب البيع وتنتهي في آخر مباحث كتاب الخيارات، والحاشية من بدايتها إلى منتصفها أشبه بالتقارير حيث لم يُعلّق على أقوال الشيخ في (المكاسب) إلا نادراً، بل يذكر عناوين الأبواب والفروع والمسائل المطروحة في كتاب (المكاسب) ومن ثمّ يشرع في بيان المسائل المطروحة بالتفصيل، وهذا الكتاب مثل بقية مصنّفاته رحمته الله مشحونٌ بالتحقيقات الفقهية والتطبيقات الأصولية، مع سلاسة البيان، وعذوبة الجملات واسترسالها، ممّا قلّ نظيره في أمثاله من كتب الحواشي والتعليقات، فيأخذ بلُبّ القارئ، ويجعله يسير معه إلى نهاية المطاف، أمّا عن تاريخ تأليف المصنّف لهذه الحاشية فإننا لا نمتلك مؤشراً في كلمات تلامذته ولا ترجمة حياته ولا في خاتمة نسخها المخطوطة ترشدنا إلى تاريخ التصنيف، إلّا ما أشار إليه بعض الفضلاء نقلاً عن آية الله العظمى السيّد محمد الروحاني رحمته الله «في مجلس بحثه أنّه كانت له حاشية كتبها في شبابه»<sup>(١)</sup>. والظاهرة الجديرة بالاهتمام هي كثرة مخطوطات هذه الحاشية دون بقية مصنّفاته، وخاصّة عند أعلام الحوزة العلميّة كالشيخ محمد حسين الإصفهاني والشيخ حسين الحلي وغيرهم ممّا يدلّ على عناية أهل العلم والفضيلة بها وحرصهم على اقتناء نسخة منها.

## النسخ المعتمدة في تحقيق الكتاب:

سبق لنا الإشارة إلى كثرة نسخ هذا الكتاب، وقد استفدنا في تحقيقنا هذه من نسختين وهما:

١ - نسخة بحر العلوم: نسبة إلى ناسخها، وهو العلامة الحجة السيّد محمد صادق بن حسن آل بحر العلوم، وكان رحمه الله جماعاً لنفائس المخطوطات، وقد حوت مكتبته الخاصة الشهيرة الأعلّاق والنفائس، وكان عالماً فاضلاً عارفاً بالفقه والأدب والحديث والتاريخ، فيختار المخطوطات النفيسة، ويخطوط مصنفها فينسخ لنفسه نسخةً منها، ولذلك كثرت عنده النسخ الصحيحة البعيدة عن الأغلاط والهفوات والسقطات المتداولة عند أغلب ناسخي المخطوطات. ومخطوطتنا هذه كاملة في ٣٢٢ صفحة من أوّل أبحاث كتاب البيع إلى آخر مباحث كتاب الخيارات، وقد كتبها الناسخ بخطه الجميل وجاء في نهايتها قوله:

«إلى هنا جفّ قلمه الشريف قدّس الله نفسه وطيب رسمه، وقد تمّ استنساخه على يد أقلّ الطلبة عملاً وأكثرهم زللاً تراب أقدام المؤمنين محمد صادق بن حسن بن ابراهيم بن الحسين بن الرضا ابن العلامة محمد مهدي الشهير ببحر العلوم الطباطبائي البروجردي الغروي في اليوم التاسع عشر من شهر ذي القعدة من سنة الألف والثلاثمائة والاثنتين والأربعين من الهجرة النبوية عليه آلاف السلام والتحية. آمين».

وقد ذكر الناسخ في تضاعيف الكتاب أنه استنسخ جزءاً مهماً من الحاشية من نسخة آية الله الشيخ حسين الحلي، وكان رحمه الله من أعيان تلامذة النائيني قدّس الله نفسه، وعُدّ بعد وفاة شيخه من فقهاء النجف العظام، وقد تخرّج عليه ثلّة من الأعلام وطبعت دروسه وتقريرات أبحاثه، وقد اعتمدنا على هذه النسخة للمواصفات التي ذكرناها وجعلناها أصلاً في تحقيقنا. وقد حصلنا على مصوّرّة هذه النسخة من الأقراص الكمبيوترية الحاوية لصور مخطوطات مكتبات النجف

الأشرف المشتهر بـ (الذخائر)، فشكراً لمساعي القائمين على إنجاز هذا العمل الجبار، وجزاهم الله عن الإسلام والمسلمين خيراً.

٢ - نسخة مشهد: وهي برقم ٨٨٥٥ في مكتبة (آستان قدس رضوي) بمشهد الإمام الرضا عليه السلام، بمواصفات: ٢٢٠ صفحة، ٢٢×١٦ سم. وهي نسخة كاملة من الحاشية، وقد أخطأ كاتبها حيث قال في بداية الكتاب: (هذه من جملة تقارير سيد الفقهاء والمجتهدين، وسند العلماء الراشدين، رئيس الإسلام، وحجة الله على الأنام، مولانا وملاذنا الحاج ميرزا محمد حسن الشيرازي أدام الله ظلّه العالي على مفارق المسلمين، جمعه تلميذه عمدة الفقهاء المتبحرين الآغا محمد رضا الهمداني على نحو التعليقة على متاجر الشيخ رحمه الله). فهذه الحاشية ليست تقارير بل هي تعليقات للهمداني على مكاسب الشيخ الأنصاري، وإن كان له رحمه الله تقارير من دروس شيخه الميرزا محمد حسن الشيرازي، لكنّها غير هذه التعليقة. وقد حصلت شاكراً على مصوِّرة هذه المخطوطة من صديقنا الحجة سماحة الشيخ عبدالله حسن آل درويش حفظه الله.

### عملنا في تحقيق الكتاب:

- ١ - تقويم النصّ وتقطيعه بحسب ما هو متعارف عند أهل الفنّ.
- ٢ - تخريج النصوص المنقولة من كتاب (المكاسب)، وقد أرجعنا التخریجات إلى النسخة الحجرية المتداولة، وذلك لكثرة تداولها، ووفرة نسخها عند أهل العلم من جهة، ومن جهة أخرى كثرة الأخطاء المطبعية في الطباعات الحروفية المتعددة، أو أنّها غير تامة مثل النسخة المصححة من قبل الشيخ أحمد الباياني رحمته الله، فكانت أصحّ النسخ التامة هي الحجرية.
- ٣ - إضافة العناوين الأصلية للفروع التي تعرض لها المحثي من كتاب (المكاسب) وعلّق عليها، وقد جعلتها في مستطيل الظلّ.

٤ - تخريج ما أمكن تخريجه من الروايات والأحاديث التي استشهد بها المصنّف.

٥ - تقديم الكتاب بمقدّمة ضافية عن المعلق والمعلّق على كتابه، أي الشيخ الهمداني والشيخ مرتضى الأنصاري رحمهما الله تعالى.

وفي الختام ابتهل إلى الله العليّ القدير لتوفيقه إيّاي في إخراج هذا الكتاب إلى الملأ العلميّ والحوزات العلميّة، وأقدّم شكري لكلّ من ساعدني في إخراج الكتاب معنوياً ومادياً وأخصّ بالذكر الباذل الكريم الحاج محمد تقي علاقبنديان دام فضله حيث طبع هذا الكتاب وغيره على نفقته الخاصة، فشكر الله مساعيه وأجزل له الأجر والثواب، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

محمد رضا الانصاري القميّ

صفر ١٤٢٠ هجرية

هذه فليعلم شرفها لعلها تدورهم للفتة أفاضها  
المجاهدين فمنهم من على مكاسب الشيخ الأعظم  
ففي عهدهم الشيخ المرفيع الأفاضل  
طاب ثراه وجعل الجنة  
مساواة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعزته الطاهرين : ولعلنا الله على أعمالهم أحسن  
إلهم الذين كتاب البيع قبل التتبع في المعنى لا يتبع بيان معنى البيع وأنه هل الشارع أو التشريع فيه مطلق  
خاص أو هو مستعمل في معنى التعريف عند أصل العرف فنقول الظاهر أنه مستعمل عند الشارع والمفسر في معنى  
العرف والأصل في هذا المعنى كالتشريع ومن تأمل فيه لم يزل يفتقر إلى ما لم يزل مع أهل العرف على طبق استعمالهم له  
فيما بينهم مضافاً إلى كونه ما ينبغي موافقاً للأصل لأنه الأصل في النقل من حيث النقل وهذا ظاهر وكان الشأن  
في معرفة معنى العرفي كونه من الأمور التي لا يمتنع في المقام أن يرد في الأحكام الترتيب عليها كونه مضافاً إليها وكذا لم يزل  
كما سطر فيما قبله انشأ بقية ولا ينبغي أن تعريف هذا ونظائره من الألفاظ على فهمهم بأمر يحصل بأمر خاص  
للعرف بحيث يمتاز مصاديقه من وجه صاعده مثلاً في أن العامة لكذا ينبغي بيع لا يظن أن يصح لوجه خاص  
البيع فيها ونارة بيان معنى وشرح اسمه بأمره مرادف وهذا الغرض هو الراد في المقام من بيانها وبعبارة أخرى الغرض  
في المقام معرفة ما فهم من لفظ البيع في الأصول وهو كما يجب عن المصنف أنه مباد لا مطلق بل والظاهر من هذا  
المال لا يمكن فلا بد من الحذف ولا يخفى أن مطلق المباد لا ينبغي بيعاً بل المباد لا على وجه خاص وهو ما جعل أحد البلاء  
منا عاود الأمر في هذا وبعبارة أخرى جعل هذا المالكين أصلاً لا كغيره لا يبيعون كما يشار من دون عكس وإنما المباد

الذي



انه بنفسه لا يعلم ما نافع لهذا الارش بعد بين الصبح المبع اذ علم اختياره في اصل الملوحة لا يكثر  
 المغارة رأسا ومهدا يمكن الخدشة بها سدا كره في زوجيه كلام العلامة فقام أن جعل النصف في المبع  
 كاشفا عن الرضا بالصوب انهم لا يخلون بقر ولوم بعد العلم بالصباح ايضا لولم يعلم  
 عدم جواز الارش فقام لئلا يصاحف عليه الشريف قدس  
 الله نفسه وطيب حسنة وقد تم استنساخه على يد

افق الطلبة عملا واكثرهم زلازل اقدم  
 المومنين محمد صادق بن حسين بن

ابراهيم بن الحسين بن الرضا

بن العلامة محمد مهدي

الشهير بحر العلوم

الطباطبائي الحلي

الهو جرد الورق



في اليوم

الثامن من شهر ذي القعدة سنة الف وثلثمائة واثني عشر والاربعين من الهجرة النبوية

عليه آلاف التسليم والقبلة آمين



## تقليقات على متاجر شجرة

تقليقات على متاجر شجرة

تقليقات على متاجر شجرة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين  
 الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقهم  
 محمد وعترته الطاهرين وبعثته على محمد اللهم اجعلني من الذين  
 كتاب البيع قبل الشروع في المعقولات لا بد من بيان معنى البيع وأنه  
 هل للتأديع أو انتزعه فتم اصطلاح خاص أو هو منقول في معنى  
 العرف ولا اصطلاح لها فيه بالخصوص فالشائع ومن تابعه  
 يشعرون عند الكلمة مع أهل العرف على طبق أسماهم لم يباينهم  
 معناه حتى كونه ما شرع به هو منقول للأصل لأن الأصل عدم النقل ما لم  
 يثبت النقل ثم هذا وكذا إن كان في معرفته معناه العرفي للكون من  
 المعه في النظام إذ هو يبدو الأحكام التي عليها الكون موطنها وكون  
 أم الباب كما سيظهر فيما بعد والله لا يخفى أن تعريف هذا وظاهر  
 من الالفاظ على فسيح تأريخ حصل بإيراد خواص المعرف في حيث  
 الكذائية بيع لا الاجارة صلايقه عن جميع ما عداه مثلا يعلم أن المعاملة التي هي بيع لا اجارة  
 أو الصلح لوجود خاصته فيها وإنه ببيان معناه وشرح اسمه بما  
 يوافق

قبل العلم ولو قبل شجوعها للقيام قبل شجوعهم جواز الرد عليهم وقد ظهر ما ذكرنا فاناس  
استحقاق الارش ايضا كما سيجي في الجواب ثانيا للناشئة بعد دعوى بعض افاضل الرتبة عند  
لا يعلم حقيقة شجاعتهم من غير العلم بكونهم في الشريعة اقدم على معاصيهم من غير العلم  
بالاخر اقول جعل اللزوم بالمعاملة منشا لما ذكرنا لا يوجب تامل لان دعوى لا تظفر  
لكذلك العلم بالعبث شيئا في حقوق الجوارح بل تلتزم به وانما ما ذكره من اللزوم  
والارش فانما بينهما فاعلمنا بسبق الشك بغير الزوال في جواز الرد حتى يستحق  
مبنى على عدم ظهور الزوال في انقضاء حر الرد بكون الرد قد مضى بما دام مردود  
وتامل انهم من احكام المعاملة الربوبية على قدر تيسر بحيث لا يوجبهم العلم بالشر  
مع انهم لا يتصور الاقدام في صورة جهلة بالحكم ومقتضى العيب علم ما هو ما اقدم  
المقاومة وقد اقدم عليها مع ما ينبغي من الاثر الشرعية فالاولى ان يستند  
الارش على علم حتى بعد التمسك بقدر الرد بادية الربو لو كان فيها ما ينبغي التمسك  
واما مجرد عدم جواز اعتبار وصف الصحة في المعاملة الربوبية من حيث المبدأ في  
الربوبية بحيث يقابل بالارادة على الطرف الاخر فتدعى ان تفسر لا يصح ما نفا  
اخذا الارش بعد تبين العيب في البيع ان عدم اعتباره في اصل المعاملة لا يفسد  
انفاذها لا سيما بعد ما يمكن التمسك فيها سيذكر في توضيح كلام العلامة في تامل ثم  
يجعل التمسك في البيع كاشفا عن الرضا بالمعيب لا بخلافه من نظر ولو قبل  
بالعيب انهم لم يعلم عدم جواز الارش فيهم

سنة

كتاب البيع



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين والصلّاة والسلام على خير خلقه محمّد وعترته  
الطّاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

### [تعريف البيع]

قبل الشروع في المقصود لابدّ من بيان معنى البيع، وأتّه هل للشارع أو  
المشرّعة فيه اصطلاح خاصّ، أو هو مستعمل في معناه المتعارف عند أهل العرف؟  
فنقول: الظاهر أنّه مستعمل عند الشارع والمشرّعة في معناه العرفي ولا  
اصطلاح لهما فيه بالخصوص، فالشارع ومن تابعه يستعملونه عند المكالمّة مع أهل  
العرف على طبق استعمالهم له فيما بينهم، مضافاً إلى كون ما ندّعيه موافقاً للأصل،  
لأنّ الأصل عدم الثقل ما لم يثبت الثقل وهذا ظاهر، ولكنّ الشّأن في معرفة معناه  
العرفي لكونه من الأمور المهمّة في المقام إذ به تدور الأحكام المترتبة عليها لكونه  
موضوعاً لها وكونه أمّ الباب كما سيظهر فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ولا يخفى أنّ تعريف هذا ونظائره من الألفاظ على قسمين:

تارة: يحصل بإيراد خواصّ للمعرّف بحيث تتنازع مصاديقه عن جميع ما عداه،

مثلاً يعلم أن المعاملة الكذائية بيع لا إجارة أو صلح لوجود خاصية البيع فيها.  
وتارة: بيان معناه وشرح اسمه بإيراد مرادفه، وهذا المعنى هو المراد في المقام  
من بيانها.

وبعبارة أوفى: المقصود في المقام معرفة ما يفهم من لفظ البيع في المحاورات.  
وهو كما حكى عن المصباح<sup>(١)</sup>: أنه مبادلة مالٍ بمال.  
والظاهر اختصاص المال بالأعيان فلا يعم الحقوق.  
ولا يخفى أن مطلق المبادلة لا تسمى بيعاً، بل المبادلة على نحو خاص وهي ما لو  
جعل أحد البدلين متاعاً والآخر قيمةً له.  
وبعبارة أخرى: جعل أحد المالين أصلاً والآخر بدلاً بنحوٍ من الاعتبار من  
دون عكس.

وأما المبادلة التي ليس فيها هذا الاعتبار كالمعاوضة بين شيئين حيث يصدق  
على كل واحد منهما أنه عوضٌ وعلى الآخر أنه معوضٌ وبالعكس فلا يُسمى بيعاً في  
العرف، وعلى هذا لا بد أن يُحمل كلام القوم حيث قالوا: «إنه مبادلة مالٍ بمال» على  
القسم الأول من المبادلة لئلا ينتقض التعريف بالقسم الثاني، ولا يبعد إرادتهم من  
العبارة هذا المعنى، بل يمكن ادعاء ظهورها في هذا القسم لمكان الباء حيث أنها  
ظاهرة في مثل المقام في جعل مدخولها بدلاً عن الغير من دون اعتبار جعل الغير  
بدلاً عن المدخول، وإذا لاحظنا المالين بهذا الاعتبار يصير ذلك الغير متاعاً  
والمدخول قيمةً له وتكون الباء بدلية<sup>(٢)</sup>.

وهذا الذي استظهرناه هو المتبادر من قولهم «بعثُ هذا بهذا»، ولذا يجعلون

١ - المصباح المنير: ٦٩/١.

٢ - وتوضيح الإستظهار بالفرق بين قولنا إن البيع مبادلة مالٍ بمال أو أنه المبادلة بين المالين،  
حيث أن الأول ظاهرٌ في كون أحدهما أصلاً والآخر فرعاً بخلاف الثاني لأن الظاهر منه كون  
المالين في عرضٍ واحد على حدٍّ سواء، فافهم، (منه رحمه الله).



الفقهاء امانة الثمن والمثلن في خيار الحيوان إذا كان كل واحد منهما حيواناً مع القول باختصاصه للمشتري ما كان منها مدخولاً للباء .

هذا وإن أبيت إلا عن ظهور تعريفهم في العموم، فنلتزم بانتقاض التعريف وفساده .

ولكن الإنصاف ظهوره فيما قلنا .

ثم لا يخفى أنه يشكل بما ذكرنا من عدم كون مطلق التمليك بيعاً بل هو التمليك الخاص، ما ذكره بعض من أن مطلق التمليك هو البيع فلو علم التمليك وشك في كونه بيعاً يحكم بالبيعية، وعلى ما ذكرنا من ثبوت الواسطة لابد من الرجوع إلى الأصول الجارية فيه، فافهم .

وبما ذكرنا من أنه مستعمل في معناه العرفي ظهر فساد ما قيل من أنه «عبارة عن العقد الخاص الواقع بالفاظ مخصوصة»، أو «عن المعنى المعبر عنه بالفاظ خاصة»، بل هي عبارة عن «تمليك الغير مالاً عوضاً عن مال» .

واعتبار لفظ الإنشاء في المقام كما اعتبره بعض حيث قالوا: «إنه عبارة عن إنشاء التمليك» بظاهره لغو، ضرورة أن التمليك عبارة عن إنشاء الملكية فاعتباره غير محتاج إليه إلا بالتوجيه، إلا أن مطلق التمليك بالعوض أيضاً ليس بيعاً بل التمليك الخاص الذي أشرنا إليه وهو كونه بحيث يصدق على أحدهما أصلاً وعلى الآخر قيمة من دون عكس .

ثم إنك بعدما عرفت من أن البيع مستعمل في معناه العرفي وليس له حقيقة شرعية، وأن استعماله - ولو في بعض الموارد الخاصة - كاستعمالات أهل العرف من دون تغيير في حقيقة معناه ولو حين اثبات بعض الآثار له أو سلب بعضها عنه إذ ذاك لا يستلزم تغيير المعنى، تعلم أن إقحام بعضهم كلمة شرعاً ليس على ما ينبغي إذ ليس معناه الشرعي مغايراً لمعناه اللغوي .

والقول بأنه عبارة عن العقد لا وجه له، إذ ليس ذلك معناه العرفي، والظاهر

اتحاد معناه العرفي مع اللغوي أيضاً، مضافاً إلى كونه مؤيداً بالأصل.  
وبما ذكرنا من أن المراد من التعريف شرح اسمه، وبيان ما هو الموضوع له، وما هو المفهوم منه بإيراد ما يرادفه كما هو شأن اللغوي، لا بيان ماهيته وحقيقته بذكر حدّه أو رسمه بذكر بعض خواصّه، ظهر لك أن التعريفات التي ذكرناها لا تخلو عن مسامحة.

فمنها: ما نقلناه عن المصباح من «أنّه مبادلة مالٍ بمال». توضيح التسامح: أنّه فسّر البيع بالمبادلة مع أن البيع وصف البائع فقط وهو أحد المالكين الذي بيده ما فرضناه أصلاً، والمبادلة فعل الطرفين فليس التفسير بالمرادف.

إن قلت: كما أنّه يتّصف به مالك الأصل، قد يتّصف به مالك القيمة أيضاً، أعني المشتري، فهذا يكشف عن كونه للجامع بينهما وهو مطلق المبادلة.  
قلت: لو سلّم كونه حقيقةً فيه فن قبيل الصفات التي وضعت للضدّين كالقرء فأنّه للطهر والحيض لا لكونه موضوعاً للجامع بينهما، كيف ولو لم يكن كذلك لما صحّ إطلاقه في خصوص كلّ واحدٍ، مع أنّه يستعمل في خصوص البائع أو المشتري لا في كليهما في استعمال واحد!

ولو قلنا: بوضعه للجامع بينهما لا بدّ أن يكون موضوعاً للجامع أعمّ من مطلق المبادلة بحيث يصدق مع كليهما وكلّ واحد منهما، ولا يخفى بعده.  
وكذا تفسيره بأنّه: «انتقال ملكٍ من مالك إلى مالك آخر». وجه المسامحة: أن الانتقال صفة المبيع، والبائع صفة البائع، فليس البيع انتقالاً بل الانتقال هو الأثر الحاصل من فعلها.

وكذا تعريفه بأنّه: «نقل ملكٍ من مالك إلى مالك آخر» كما حكى عن جامع المقاصد<sup>(١)</sup>.

وجه المسامحة: أن النقل وإن كان فعل البائع إلا أن ما يفهم من النقل مغايرٌ لمفهوم البيع، إذ النقل عبارة عن تحريك شيء من مكان إلى مكان آخر واستقراره فيه، وليس هذا معتبراً في البيع بل ولا يصح في البيع الكلي إذ الكلي غير موجود حتى ينقل إلى المشتري، والشئ المنقول لابد أن يكون موجوداً. إن قلت: إن البيع عبارة عن النقل وذلك لا يقتضي أن يتحقق النقل حين المعاملة بل يصدق لو تحقق بعد إجراء الصيغة بزمان.

قلت: إرادة هذا المعنى الأعم ينافي قوله «من مالك إلى مالك» إذ لا يصدق عليه ما دام كون المبيع كلياً أنه مالك إذ هو غير موجود فلا يتصف بالملكية، فتأمل، فإنه يجوز اتصافه بالمالية باعتبار وجوده الذي يعرضه فإن له بهذا الاعتبار نحواً من الوجود كما سنبينه إن شاء الله تعالى، فهذا الاعتبار قابلٌ للانتقال كما لا يخفى.

فالأولى في التعريف أن يقال: «إنه عبارة عن تملك الغير مالا بعوض» بمعنى صيرورة الغير ذا ملك، فيشمل بيع الكلي إذ به يصير الغير أعني المشتري ذا ملك على ذمة البائع وعهده، وكذا غيره من البيوع، والمراد من المال ما يقابل المنفعة والحقوق حيث لا يصدق عليها المال.

ويعم المال الموجود الخارجي وما في الذمة، أعني الأموال الكلية حيث يصدق عليها لفظ المال لصحة قولك: «من مال زيد في ذمة عمرو وكذا».

إن قلت: الملك من الإضافات الخارجية، بمعنى أن متعلقه لابد أن يكون موجوداً خارجياً، ولا تتصف الكليات بالملكية حتى يصح تملكه.

قلت: سلمنا نفس الكلية لا يتصف بالملكية، ولكنه يتصف بها بعد تحققها في ضمن الأفراد، فقولنا: «تمليك الغير مالا» يعني ما يتصف بالمالية ولو بعد البيع، وبعبارة أخرى أن له شأنية التملك.

إن قلت: فليعتبر مثل ذلك في النقل المأخوذ في التعريف حتى لا يرد النقص بالكلي، لأن له شأنية الانتقال.

قلت: المِلْك وإن كان من الإضافات، لكن اتّصاف الشيء به أمرٌ عرفي، بمعنى أنّهم يُطلقون في موارد استعمالهم لفظ المِلْك على الأعيان الخارجيّة ولا يصفون به الكليّات من حيث كونها كليّاً، ولكنّه قد يتّصف الكليّ بالملكيّة باعتبار تحقّقها في الخارج، وليس هذا أيضاً مطلقاً بل فيما إذا التزم شخصٌ إيجاداً لشخص آخر بنحو من الالتزامات فحينئذٍ يقولون: «إنّ له على ذمّة فلان كذا من الدّراهم» مثلاً، وظاهرٌ أنّ معناه أنّ فلاناً مالك لما في الذمّة لمكان اللّام لأنّه للملك، فظهر أنّ الكليّ بهذا الاعتبار صالح للملوكيّة فعلاً حين المعاملة<sup>(١)</sup> لا أنّه يصير ملكاً فيما بعد، بخلاف النّقل إذ الكليّ المتّصف بالملكيّة بالتّقريب المذكور لا يتّصف عند العرف بانتقاله من ذمّة البائع إلى ملك المشتري، مضافاً إلى أنّ انتقال ما في الذمّة في المقام غير متصوّر وإنّ جاز تصوّره في بعض المقامات كما في الحوالة مثلاً إذ المقصود انتقال الموجود الخارجي الذي يتحقّق الكليّ في ضمنه وهو لم يتحقّق بعد، غاية الأمر أنّ النّقل ملازمٌ للبيع وهذا لا يكفي في صحّة التعريف، لأنّا قد بينّا أنّ المراد في المقام شرح اللفظ بإيراد مرادفه أو بإيراد ما يوجب تصوّر المفهوم الذي وُضع اللفظ الذي أريد تفسيره له، بحيث يُعلم أنّ الموضوع له هو هذا المعنى - كما هو شأن اللّغوي - لا التحديد لماهيّة البيع سواء وضع بازائها لفظٌ أم لم يوضع - كما هو الحال في حدود الماهيّات - ولا رسم الماهيّة كذلك بذكر بعض خواصّها وما يلازمها حتّى تمتاز الماهيّة عمّا عداها، وقد عرفت أنّ النّقل من حيث المفهوم مغاير للبيع فلا يصحّ تفسيره به، بل التّفسير لابدّ أن يكون بلفظ التّملك على الوجه الذي ذكرنا أو ما يرادفه حتّى يتحصّل المفهوم في الدّهن، وليس التّملك مرادفاً للبيع مع قطع النّظر عن القيودات المذكورة، ولكنّه بسبب تلك القيودات وانضمامها إليه يتصوّر الموضوع

١ - وله نحو من الوجود بهذا الاعتبار، وإن شئت سمّيه موجوداً شائياً وصالحاً للإتّصاف المذكور حيث أنّ الأمر بنظر أهل العرف وهم يصفون الكليّ بهذا الاعتبار بالملكيّة، فافهم، (منه رحمه الله).

له بعينه .

وهذا المقدار يكفي في تفسير اللفظي .

ثمَّ أنه لا خفاء ولا إشكال في أنَّ لفظ التمليك ظاهر في تحقُّق الملكية الواقعيَّة وحصولها في الواقع ، فلفظ «مَلَكَتُ» بظاهره يدلُّ على حصول الملكية في الواقع المستلزم لتلك الطَّرف المقابل ، نظير لفظ «التعليم» حيث أنَّ تحقُّقه مستلزم لتعلُّم الطَّرف المقابل ، فلا يصدق علَّمته عند انتفاء التعلُّم ، وكذا الملكية عند انتفاء التملك ، وقضيَّة التمليك الواقعي ثبوت التملك الواقعي وانتفائه بانتفائه<sup>(١)</sup> ، ولا ريب أنَّ البيع ليس عبارة عن التملك بهذا النحو أعني التملك الواقعي ، بل البيع عبارة عن إيجاد الملكية وإنشائها التي هي مدلوله لـ (بعثُ) إذا كان إنشائياً ، بخلاف الأوَّل فإنَّه مدلوله الأخباري ، وحينئذٍ لو تعقَّب الإنشاء القبول تحصل الملكية الواقعيَّة ، وإلا فلا يترتَّب على إنشائها أثر ، وهذا هو الوجه في اعتبار لفظ الإنشاء في التعريف حيث عُرِّف بأنه : «إنشاء تملك عين بمال» ، والمراد بالعين ليس حصول العين الخارجي حتَّى يخرج الكلِّي ، بل المراد كونه عيناً لو وجد وصار مشخصاً في الخارج مقابل المنفعة والحقوق ، حتَّى التحجير لعدم صدق العين عليه ، بل هو صرف الحقِّ والأولويَّة بالنسبة إلى الغير ، وإطلاق البيع على أجرة العبد وسكنى الدَّار في بعض الروايات على سبيل التجوُّز كما نطق به جمعٌ ، ولا ينافيه جواز بذل المال بازائه فيشمل الكلِّيات التي تتَّصف بالماليَّة بالملاحظة التي ذكرناها فيما سبق .

وليس المراد منه مطلق الأعيان بحيث يشمل الخصائص التي لا ماليَّة لها ولا تتَّصف بالملكية ، بل المراد منه العين الذي هو مالٌ ، ضرورة خروج ما لا يملك عن المقصود لعدم كونه قابلاً للبيع فالتعبير بالعين المطلق مسامحة .

إلا أن يدعى أنَّ البيع موضوعٌ للأعمِّ ممَّا يترتَّب عليه الأثر وما لا يترتَّب ، لا

١ - وإلا لما احتاج في ترتب الأثر وثبوته إلى القبول كما لا يخفى ، ( منه رحمه الله ) .

خصوص الصحيح أعني المترتب عليه الأثر<sup>(١)</sup>.

ثمّ الظاهر أنّه لو قلنا باشتراط المائيّة في العوض لابدّ أن نقول باشتراطه في المعوّض لعدم التفكيك بينهما في نظر العرف، ولذا لم يورد أحدٌ على ما في المصباح من أنّ البيع «مبادلة مال بمال» بأنّ المائيّة ليست شرطاً في العوض، ومن هنا مضافاً إلى كلمات الفقهاء ومحاورات أهل اللسان يمكن استظهار اعتبار المائيّة في العوض، ومن عبّر عنه بطلق العين مساححة في التعبير، فافهم.

ثمّ لا يخفى أنّ التعريف لابدّ أن يكون بحيث لا يشمل غيرها من المفاهيم حتّى يمتاز المعرف عمّا عداه، فقولنا: «هو إنشاء تملك» بمنزلة الجنس يشمل جميع الأسباب المملّكة من الصّلح والهبة والقرض والإجارة وغيرها.

وبقولنا: «عين» خرج الإجارة لأنّها تملك المنافع لا الأعيان.

وبقولنا: «تملك عين بمال» خرج مطلق المعاوضة، لو لم يجعل أحدهما أصلاً والآخر قيمة على ما عرفت.

وخرج بقولنا: «بمال» غيرها من الأسباب كالهبة والقرض والصلح، إذ الظاهر من تملك العين بالمال أخذ المال عوضاً عن المبيع، بحيث يصدق المعاوضة والمبادلة على النهج المذكور.

أما الهبة: وإن كانت تملكاً إلاّ أنّ المجانيّة في مفهومها معتبرة، لأنّ الهبة عبارة عن «إعطاء شيء للآخر مجّاناً لا بعنوان المعاوضة» وهذا بالنسبة إلى الهبة الغير المعوّضة ظاهر، وأما بالنسبة إليها فيظهر بعد التأمل في مفهوم الهبة وكيفية تحقّق مصاديقها، إذ هي - أعني الهبة المعوّضة - عبارة عن «إعطاء الواهب ما في يده للآخر» ويشترط في ضمن العقد أن يعطيه الآخر الشيء الذي جعل عوضاً عنه لا

١ - وفيه: أنّه لو كان مراده أعمّ لكان اعتبار المائيّة في العوض غير مناسب كما لا يخفى، (منه رحمه الله).

بعنوان المعاوضة بل بعنوان المجانية، وكيف لا يكون كذلك مع أن المجانية معتبرة في مفهومها.

وأما الصلح: فليس مفهومه تملك مال بمال بل المفهوم منه «التسالم بين الخصمين» فما به يتعلق الصلح ليس بظاهر عوضاً عن شيء بل هو من أسباب التسالم.

وأما القرض: فلائنه لا يصدق عليه المعاوضة، لأن الظاهر منها «أن ينتقل شيء من كل منهما إلى ملك الآخر ومن الآخر إليه»، وليس في القرض كذلك وإنما هو «إعطاء المال وتثبيته في ذمة المديون بحيث لو شاء لردّه ولو شاء يبقيه ثم يغرمه»، وإن شئت سمّه تملكاً بتغريم بالمثل.

ثم إنك قد عرفت أن اعتبار لفظ العين في التعريف لإخراج المنافع والحقوق، ولكن الشأن في إثبات الدّعى أعني عدم صدق البيع عليها وعدم قابليتها للبيع. فنقول: أما المنافع والحقوق الغير المائيّة، خروجها عن مصداق البيع وعدم قابليتها له فظاهر، لظهور عدم اتّصافها بكلمة «بعته» في العرف.

وأما الحقوق المائيّة، فإنّ مناط البيع وقوامه بذل المثلث وأخذ الثمن، إذ قد عرفت أنّه المبادلة على الوجه المخصوص، وإن كان التعبير بها لا يخلو عن مسامحة، وحينئذ فنقول إنّ الحقّ ولو كان مائيّة لا يعقل بذله للغير وأخذه منه لأنّه عبارة عن السلطنة الفعلية أعني كونه مسلّطاً عليه بحيث لا يكون للغير يدٌ على ما في يده، لأنّ ما في يده ملكٌ له، وهذه السلطنة ليست قابلة للإنتقال حتّى يبذل أو يؤخذ لأنّه من الأعراض المتقوم بذات من له السلطنة، والعرض لا ينتقل من موضوع إلى آخر فلا ينتقل شيء من صاحب الحقّ إلى صاحبه من قبله بازاء ما أخذه.

نعم يمكن اعدام سلطنته ممّا عليه واحداث سلطنة أخرى ممائلة لسلطنة الآخر، وهذا لا يوجب انتقال شيء منه إليه، ولا بدّ في البيع أن يكون شيء ينتقل من كلّ إلى آخر كما قد عرفت مراراً.



إن قلت: الملك كالحقّ ليس قابلاً للانتقال لكونه أيضاً من الأعراض فيلزم على ما ذكرت أن يباع الملك أيضاً.

قلت: الملك والحقّ وإن كان كلاهما من الأعراض، إلا أن الحقّ لو انتفى لما بقي شيء ينتقل إليه، بخلاف الملك فإنه بعد انتفاء الملكية ينتقل العين الخارجي إلى آخر ويحدث بالنسبة إليها ملكية أخرى، ولكن الحقّ ليس كذلك<sup>(١)</sup>.

إن قلت: كيف يُبذل المال بجذائها مع أنّها ليست قابلة للانتقال.

قلت: لاتنافي بينها لجواز إعطاء المال لرفع اليد عنه وإسقاط سلطنته بالنسبة إليه واحداث سلطنة أخرى لمن أعطاه.

فثبت ممّا ذكرناه أنّه لا بدّ أن يكون الثمن والمثمن كلاهما مالاً لا غير، كما هو صريح ما نقلناه مراراً عن المصباح من أنّه «مبادلة مال بمال».




---

١ - توضيحه: إنّ الحقّ عَرَضٌ قائم بذِي الحقّ ووصفٌ له فلا ينتقل إلى الغير، بخلاف الملك فإنه من أوصاف العين الخارجي فيمكن انتقال العين وبعده يتصف بملكية أخرى دون الأولى، والسّرّ في ذلك أن الأول من قبيل انتقال العَرَض، والثاني من قبيل تبدّل العَرَض، ولا ريب في جواز الثاني كما لا إشكال في امتناع الأول، فافهم. (منه رحمه الله).

## [تحقيق حال بيع الدين]

واعلم أنّه ذكر شيخ مشايخنا<sup>(١)</sup> طاب ثراه كلاماً في باب شروط العوضين لا يخلو بظاهره عن التأمّل وهو أنّه قال بعد جملة من الكلام:

«والأولى أن يقال: ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين، إذ لا بيع إلّا في ملكٍ، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فالظاهر فساد المقابلة، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن ثبت دليلٌ من نصٍّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة وخصوص قوله في المروي عن تحف العقول: «وكلُّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلالٌ بيعه» انتهى كلامه رفع مقامه.

ضرورة أنّه كيف يمكن التمسك بالعمومات في الشبهات المصادقيّة التي منها المقام بعد أخذ الماليّة في العوضين في مفهوم البيع المشكوك بالفرض، اللهم إلّا أن يقال بعدم أخذه الماليّة فيها في المفهوم، لكنّه منافٍ لما ذكره ﷺ حينئذٍ في غير موضع

---

١ - وهو الشيخ الأعظم الأنصاري صاحب (المكاسب) قدّس الله نفسه الزكيّة.

من كتابه كما لا يخفى على من راجع إليه، فافهم.

تنبيه: وهو أن الفقهاء ذكروا جواز بيع الدين بغير من هو عليه، وكذا قالوا بجوازه على من هو عليه فلا بد حينئذٍ من صدق المبادلة عليه، وهذا لا يتم إلا على فرض كون ما في الذمة قابلاً للانتقال ولو بنحو من الاعتبار كما أشرنا إليه سابقاً، وصدق مفهوم البيع على بيع الدين بغير من هو عليه لا خفاء فيه بعد بيان اتصاف الكل بالمالية بالتقريب المتقدم، وأما صدقه على يبعه على من هو عليه ففيه خفاء، لأن صدق البيع فرع تحقق التمليك والتملك، فلا بد أن يكون المبيع قابلاً لأن يملكه المشتري، وتملك الإنسان ما في ذمة نفسه ولو آناً ما غير متصور، فيشكل صدق البيع.

ويندفع الإشكال: بأن التملك ملازم لإسقاط ما في الذمة، فتمليك ما في ذمته نفس سقوطه ولا ينفك عنه أنا ما حتى يتصور، والمراد بعدم تصوّره عدم إمكان تحققه آناً ما في الخارج لما يبتناه من التلازم بينهما، وإلا فنفس تصوّره غير ممتنع كما لا يخفى.

وربما يتوهم: عدم كون الكلّ مطلقاً قابلاً للتملك والانتقال ولهذا حكموا بعدم جواز هبة الدين بغير من عليه الدين.

ولكنه فاسد: يظهر وجهه بملاحظة صدق المال عليه في نظر العرف إذا استقرّ في ذمة شخص خاص باعتبار وجوده الخارجي كما أشرنا إليه سابقاً، ولهذا يجوزون بيع الكليات.

وأما مستند الحكم بعدم جواز الهبة المذكورة فلعدم إمكان تحقق شرطها أعني القبض وهو شرط له كما صرح به جمع من الأساطين، لا لعدم كونه قابلاً للتمليك، فافهم.

واعلم أن ما ذكرناه في تعريف البيع من أنه «إنشاء تمليك عين بمال» للجري على ما ذكره بعض الأعلام رحمهم الله، وإلا فالإنصاف أن هذا أيضاً ليس تفسيراً بالمرادف

ولا على نحو يتصور ماهية البيع بحقيقتها، إذ البيع وإن لم يكن مرادفاً للنقل، إلا أن النقل معتبر في مفهومه ضمناً، حيث أنه عبارة عن نقل ملكٍ عن مالك وثبوته للآخر، فمفهومه مركّب من نقل وتمليك، فمن عرفه بالنقل كجامع المقاصد انما لاحظ الأوّل منها، ومن عرفه بالتمليك فبملاحظة الثاني.

وبعد بيان كونه مركّباً من كليهما يعرف ما في كليهما من التسامح، إلا أن يُدعى إرادة اعتبار الغاية في التعريف الأوّل أعني تعريف «جامع المقاصد» في المفهوم فيصحّ التعريف، إلا أنه ليس صريح الدلالة في المطلوب، مع أنه لا بدّ أن يكون المعرّف صريحاً في بيان المراد، والمفروض أن اعتبار المفهومين في المفهوم على حدّ سواء، وهذا لا يفهم من التعريف بل يشعر على عدمه، وما ادّعينا حينئذٍ من اعتبارهما فيه يُعلم بعد مراجعة الوجدان وتحلية الذهن.

هذا كلّ مفهوم البيع الذي يكون مصدراً لـ (باع)، أعني مفهومه المصدري، وقد ذكر له معانٍ آخر، والظاهر كونه مجازاً فيها، وكثيراً يستعمل في الأثر الخارجي الحاصل منه، والظاهر أن هذا القبيل اطلاقهم «لزم البيع» أو «وجب» أو «لا بيع بينهما» وغير ذلك من موارد الإستعمالات، فهذا من قبيل إطلاق السبب وإرادة المسبّب.

ومن هذا القبيل أيضاً قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»<sup>(١)</sup> والمراد به هو الأثر الحاصل في نظر العرف، ومعناه أنه تعالى أمضاه وأثبتهم على طريقته المتعارفة لا الأثر الشرعي، إذ المحاورات لا بدّ أن تكون في مثل المقام بلسان القوم كما لا يخفى<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*

١ - سورة البقرة: آية ٢٧٥.

٢ - مع أنه لا معنى لقولنا «أحلّ الله الأثر الذي جعل للبيع» إذ جعله ملازم لأمضائه ولا يفارقه فيكون الكلام مستدركاً. (منه رحمه الله).

## الكلام في المعاطات

وهي على ما فسّره جماعة: «أن يعطي كلُّ من اثنين عوضاً عما يأخذه عن الآخر من غير اعتبار اللفظ»<sup>(١)</sup>.

والكلام تارة: في تصوّر أقسامه.

وأخرى: في بيان محلّ كلمات العلماء رضوان الله عليهم من أنها في أيّ صورة من الصور.

وتارة: في حكم كلِّ واحد من الأقسام.

فنقول: قد عرفت أنّ اللفظ غير معتبر في مفهوم البيع عرفاً، ولم يثبت فيه حقيقة شرعية، فقتضاه الحكم بكون المعاطات بيعاً لو قصد التملك عند الشك، وإنّ جاز أن يعتبره في مقام التأثير.

توضيحه: إنّ اعتبار اللفظ في تأثير البيع مع القول بعدم ثبوت الحقيقة الشرعية يتصوّر على أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يقال بأنّ البيع موضوع لمطلق التملك، سواء ترتّب، عليه التأثير أعني التملك أم لا، واعتبر الشارع في ترتيب التملك اللفظ الخاص مثلاً، فلا شبهة

على هذا في كون المعاطات المقصودة فيها التملك بيعاً، غاية الأمر أنه لا يترتب عليه الأثر، فيكون البيع على قسمين عند الشارع، قسم يترتب عليه الأثر، وقسم ليس كذلك، هذا لو علم اعتبار اللفظ.

وأما لو شك كما هو المفروض في المقام فمقتضى عموم «أحل الله البيع»<sup>(١)</sup> وغيره من الأصول اللفظية، الحكم بالعدم وكونه مؤثراً، لأن الشك في اعتبار أمر زائد مدفوع بالأصل.

ثانيها: أن يقال إن البيع عندهم هو السبب المؤثر في نظر الجاعل فيكون الوصف والذات كلاهما موضوعاً له، فلو اعتبر الشارع اللفظ في مقام التأثير وحكم بعدم ترتب الأثر على فاقده، ولو كان مؤثراً عند العرف، يخرج ما يقع بلا لفظ عن كونه مصداقاً للبيع عنده.

ولا يتوهم: أن هذا الفرض أعني خروج بعض المصاديق العرفية عن تحتها في نظر الشارع يقتضي القول بثبوت الحقيقة الشرعية والمفروض عدمه.

لأن المفهوم على عمومته باقٍ بحاله، لأنه في الشرع أيضاً السبب المؤثر، ولا تفاوت فيهما من حيث المفهوم، وأما الاختلاف في المصداق، وليس منشأ الاختلاف في المفهوم، فلا ينافي كونه على معناه اللغوي بعينه مع خروج بعض المصاديق عند بعض ودخوله فيه عند الآخرين كما لا يخفى، فلو شككنا على هذا الفرض في كون المعاطات مؤثراً أو غير مؤثر يكون الشك في المصداق الخارج، ولا يجوز التمسك بالإطلاق أو العموم لتعيينه، إلا أنك قد عرفت أن المراد من البيع في قوله تعالى: «أحل الله البيع»<sup>(٢)</sup> مثلاً البيع المتعارف والأسباب التي يرونها مؤثراً لا ما هو المؤثر عند الشارع، وإذا كان المراد منه البيع العرفي يمكن التمسك به لرجوع الشك إلى التقيد واعتبار أمر زائد عن أصل المفهوم في مقام التأثير، فلا مانع

من اجراء الأصل.

ثالثها: أن يكون الموضوع له ذات السبب المؤثر دون مدخلية لوصف التأثير، إلا أنه معرّف للموضوع له، نظير ما لو كان الجماعة متصفة بأوصاف خاصة اسم خاص يكون أوصافها معرّفات عن أساميها من غير اعتبارها في الموضوع له، وليس ذلك ممّا كان الوضع عامّاً والموضوع له خاصّاً كأسماء الإشارة على قول بأن يكون كلّ فرد هو الموضوع له بخصوصه ويكون الوصف آلة اللّحاظ، بل الموضوع له هو المفهوم الكلّي الملازم في الوجود الخارجي مع هذه الأوصاف. وهذا القسم كسابقه في صيرورة اللفظ مجعلاً، وجواز التمسك بعموم «أحلّ الله البيع»<sup>(١)</sup> في مقام الشك مع هذا لكونه على لسان القوم، والقوم يزعمون أنه مؤثر ولا مدخلية للفظ في التأثير.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ المعاطات المقصود فيها التّملك ببيع، إلا أن يدعى ثبوت الدليل في اعتبار اللفظ بحيث يرفع الشكّ، وسيجيء ما فيه إن شاء الله تعالى.



## الكلام في تصوير المعاطات

فنقول: أنها تتصوّر بـصور:

أحدها: أن يقصد كلّ من المتعاطين بفعله هذا التملك الذي يتحقّق بالبيع، وبحيث يجعل أحد العوضين ثمناً والآخر مثنناً.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه الإباحة، بأن يبيع كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه، وهذا يتصوّر على قسمين:

أحدهما: أن يبيع أحدهما ما في يده عوض ما أباحه له الآخر.

والثاني: أن يبيعه بشرط إباحة الآخر ما في يده له، والفرق واضح.

الثالث: أن يقصد كلاهما الملكيّة المطلقة من غير ملاحظة الثمنيّة والمثمنيّة

فيكون التملك على نحو المعاوضة والمبادلة، قال شيخ مشايخنا<sup>(١)</sup> في مكاسبه، بعد أن

ذكر هذا الوجه: «إنّ التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير»<sup>(١)</sup>

انتهى.



لكنك قد عرفت فيما تقدّم أنّ التملك بالعوض أعمّ من البيع، وأنّ البيع هو التملك الخاصّ بحيث يجعل أحدهما أصلاً والآخر بدلاً.

اللهم إلّا أن يراد بالباء ما ذكرناه في التعريف، وهو بعيد بل منافع لتأسيس الأصل الذي يبتني عليه.

الرابع: أن يتعاطيا مجرداً عن قصدي التملك والإباحة بخصوصها، بمعنى أنّ مقصودهما أن يتصرّف كلّ منهما ما في يد صاحبه وإعطاء ما في يده إليه مردّداً بين عنوان الإباحة والتملك.

وأورد عليه شيخ مشايخنا: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان البيع أو الإباحة والعارية أو الوديعة أو غير ذلك من العناوين الخاصة.

لكنّ الإنصاف إمكان تعقّله، كما أنّه يتعقّل إرادة الزوج إزالة عقد نكاح إحدى زوجاته، كذلك يعقل إنشاء سبب ذلك وان لم يترتب عليه الأثر في الخارج، لأنّ ترتّب الأثر بيد الجاعل لا غير، وكذا فيما نحن فيه.

\*\*\*

ثمّ الكلام في بيان مورد كلمات العلماء من الأقسام المتصورة، وبيان ما في أيدي الناس:

فنقول: لا شبهة لأحدٍ في أنّ ما في أيدي الناس من القسم الأوّل، أي المقصود التملك المتحقّق بالبيع، وسواء في ذلك الخطير والحقير، نعم يداقون في الأمور الجليلة ما لا يداقون في الحقيرة لإحكام أمرهم لا لإبقاء قصد البيعة في الحقيرة، وهذا غير خفيّ على من لاحظ طريقة الناس وراجع أسواقهم.

إذا عرفت ذلك فنقول: احتمال كون عنوان الفقهاء المسألة ناظراً إلى غير هذا القسم مع كثرة ابتلاء الناس به بعيد في الغاية، ويدلّ على إرادتهم ما هو المتعارف أمور نشير إليها إن شاء الله تعالى.

ثم أن كلمات العلماء في المقام من حكمهم بعدم كون المعاطات بيعاً وإنما تفيد الإباحة يحتمل وجوهاً بعضها بعيد وبعضها أبعد:

أحدها: أن يكون المراد بيان عدم تحقق موضوع البيع فيما بأيدي الناس بأنهم لم يقصدوا البيع وإنما يقصدون الإباحة، وهذا الوجه بعيد غاية البعد.

والثاني: حكمهم بالإباحة في مورد قصد المتعاطين الإباحة الخاصة كما صنعه بعض من قارب عصرنا في جواهره<sup>(١)</sup>.

وهو بعيد أيضاً، مخالفٌ لظاهر كلماتهم، بل لصريح بعض كما ستحقق إن شاء الله تعالى.

الثالث: حمل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الثاني<sup>(٢)</sup>، وهذا أيضاً بعيد.

الرابع: أن يكون مورد كلماتهم أمّا خصوص ما إذا قصد التملك أو للأعم منه ومن قصدهما الإباحة بحيث تكون كلماتهم شاملة لصورة قصد التملك.

وهذا هو الذي يظهر من مجموع كلماتهم بعد ملاحظة المجموع ورد بعضها إلى بعض.

وبالجملة فالذي ينبغي أن يقال في هذا المجال، عدم خروج صورة قصد التملك عن مورد كلماتهم بل أمّا أن يكون المورد هو بخصوصه أو الأعم، فالمهم في المقام إثبات شمول كلماتهم لما إذا قصد التملك في المعاطات، لا خصوص قصد الإباحة، سواء شملها أم لا، وبيان ما فيما ارتكبه من البعد عن ظاهر كلماتهم، وهذا لا بد من إيراد كلمات بعضهم الظاهرة في المقصود، فنقول مستمداً من الله تعالى:

قال المحقق في «الشرائع»: «ولا يكفي التقابض من غير لفظ، وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع»<sup>(٣)</sup> انتهى.

١ - جواهر الكلام: ٢٢/٢١٨.

٢ - شرائع الاسلام: ٧/٢.

ولاريب في صراحة كلامه فيما ادّعيناه إن لم نقل بها في، خصوص قصد التملك، لأنّ مراده عليه السلام أن البيع لا يحصل بمجرد إيقاع الفعل في الخارج، لعدم صراحته في إثبات الملكية كاللفظ، فلا يترتب عليه الأثر في نظر الشارع، وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة الملكية، وهذا ظهوره في المدعى غير خفيّ.

وقال في «السرائر»: بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول، واعتبار تقدّم الأوّل على الثاني، ما هذا لفظه: «إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب فقال أعطني بقلّاً، فأنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً، لأنّ الإيجاب والقبول ما حصّلا، وكذلك سائر المحقّرات، وسائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وأنما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، ولكلّ منهما أن يرجع فيما بذله، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وليس هذا من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، وأنما ذلك على جهة الإباحة»<sup>(١)</sup> انتهى.

أقول: كلامه هذا وإن كان دالّاً على نفي البيعة عنها، إلّا أنّه صريح في شموله لما لو قصد المتعاطيان الملك، وذلك أعني عدم صدق البيعة لا ينافي ثبوت القصد بفعلها بعدما صاروا إليه من كون البيع مساوقاً للعقد، ويكشف عن كونه مساوقاً للعقد عنده ذكرهما في عرض واحد وتعليله لهما بعلة واحدة من أنّ الإيجاب والقبول ما حصّلا، ويعلم من هذا التعليل ثبوت قصد الملكية لأنّه على فرض عدمه تعليله به أولى من تعليله بما ذكر كما لا يخفى.

ثمّ أنّ نفي البيعة عن المعاطات في كلامه عليه السلام يحتمل وجهين: أحدهما: نفي كونه بيعاً صحيحاً عند الشارع المترتب عليه الأثر في نظره، وإن

كان بيعاً في العرف، فيكون بيعاً فاسداً شرعاً. ولكنّ هذا مشكل لمنافاته ما صرّح به بعد في ذيل كلامه من عدم كونه فاسداً، وعدم انتساب واحد من العلماء رضوان الله عليهم بالقول بكونها بيعاً فاسداً ما عدا العلامة رحمته في «النهاية».

الثاني: أن يكون المراد بعدم كونها بيعاً عدم كونها سبباً مؤثراً عند نظر الشارع لا اعتباره في مقام التأثير اللفظ، مع كون مفهوم البيع هو السبب المؤثر، فحكمه بعدم كونها بيعاً لخروجه عن مصداق البيع، لعدم كونها سبباً مؤثراً حينئذٍ، وبعد أخذ التأثير في مفهوم البيع اطلاق البيع الفاسد وكذا العقد الفاسد ليس إلّا اطلاقاً مجازياً، وتعبه بلفظ الفاسد قرينة على المجازية.

والفرق بينه وبين الأوّل الذي استند إلى العلامة رحمته أنّه بناء على الأوّل يترتب عليه آثار البيع الفاسد بخلاف الثاني لعدم كونه بيعاً حينئذٍ وأنما هو إباحة صرفة كما صرّحوا بها.

وبالجملة ظهوره في المدعى غير محتاج إلى البيان، وإنّ يشكلا من جهات آخر، وهذا لا يضرّ ما نحن بصدد.

وعن الشيخ في «الخلاف»: «إذا دفع قطعةً إلى البقلي أو الشارب فقال أعطني بها بطلاً أو ماءً فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً، وكذلك ساير المحقّرات، وأنما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الإيجاب والقبول، وقال ذلك في المحقّرات دون غيرها.

دلّلنا: إنّ العقد حكم شرعيّ، ولا دلالة في الشرع على وجوده هاهنا،

فيجبُ أن لا يثبت، وأما الإباحة بذلك فجمعُ عليه لا يختلف العلماء فيها»<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

ومن البين أن النزاع بينه رحمه الله وبين أبي حنيفة فيما إذا قصد التملك وإلا فلا وجه لاستناده رحمه الله لعدم تحقق البيع بعدم تحقق الإيجاب والقبول، ضرورة أن الاستناد إلى عدم قصد التملك أولى من الاستناد به.

وتوهم: كون النزاع معه صغرياً، بمعنى أن الشيخ رحمه الله يدّعي عدم قصد التملك من المتعاطيين في المعاطات المتعارف فلا يكون بيعاً، لأنه لا بدّ فيه من القصد المذكور، وأبا حنيفة يدّعي قصده فيها فيحكم بتحقيق التبعة.

مدفوع: أولاً، بأنه بعيدٌ عن سياق الكلام كما لا يخفى، حيث علل بعدم تحقق الإيجاب والقبول، وبأن العقد حكم شرعي، بل لا يمكن حملها على ما توهم لصراحته في المدعى وعدم قابليته للتأويل، وحكمه بإبقاء البيعة في المعاطات لأجل ما ذكرناه سابقاً من [أن] البيع عندهم مساوق للعقد وحيث انتفى انتفى البيع. وبالجمله ظهور كلمات العلماء فيما ادّعيناه ليس قابلاً للإنكار، ومن أراد التبع فليرجع إلى كتبهم رحمهم الله.



الكلام في حكم كُلِّ من الأقسام المتصورة المقدمة في أول العنوان:

ولابدّ قبل التعرّض لها من بيان مقدّمة حتّى تظهر بها حقيقة الحال، وهي معرفة حقيقة الإيجاب والقبول، وأنّ كلاًّ منهما كما يتحقّق في اللفظ كذلك يتحقّق بالفعل الكاشف عن الرّضا أم لا؟

فنقول: مُستمدّاً من الله تعالى، إنهم قد قالوا بجواز تقديم القبول على الإيجاب

في النكاح وغيرها، مثلاً لو قال المشتري مشيراً إلى سلعةٍ بعينها قليل له «بعتكها» صحَّ العقد ولا يحتاج إلى إيجاد قبول آخر.

وقال الشيخ رحمته في «المبسوط» على ما حُكي عنه في كتاب النكاح، بعد كلام له ما هذا لفظه: «وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج «زوّجنيها» فقال: «زوجتكها» صحَّ وإن لم يُعد الزوج القبول بلا خلاف» إلى أن قال: «وإن كان هذا في البيع فقال بعينها فقال «بعتكها» صحَّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب» انتهى.

ادّعى الشيخ رحمته عدم الخلاف في الصحة مطلقاً في النكاح وفي البيع عندنا. إذا عرفت هذا فلا بدّ من التأمل في أنّه هل هو قبول لفظي مقدّم على الإيجاب، أو هو كاشف عن القبول الفعلي المتعقّب للإيجاب والرضا على مؤداه؟

والظاهر كونه من القسم الثاني، ضرورة عدم كون الرضا بالإيجاب المستقبل من معنى الأمر بالبيع وإن كان مستلزماً له، وأما هو استدعاء للبيع فيكون كاشفاً عنه على نحو الأمانة لا الدلالة، فليس هو قبولاً لفظياً للإيجاب المتأخّر، مضافاً إلى شهادة الوجدان السليم بعدم كون الأمر بالبيع عند الناس إنشاءً للقبول كما لا يخفى، فلو كان البيع عبارة عن التملك المشخّص في ضمن الإيجاب والقبول اللفظيين يلزم أن لا يكون هذا بيعاً أصلاً، مع أنّهم حكموا بكونه بيعاً صحيحاً، فهذا يكشف عن أنّ البيع كما يتحقّق بالقولين كذلك يتحقّق بالفعلين، فإنشاء التملك في تعريف البيع أعمّ من أن يتحقّق في ضمن القول أو الفعل.

ومع هذا التعميم أيضاً لا شبهة في خروج بعض أفراد المعاطات عن تعريف البيع، حيث لا إنشاء فيها، كما إذا علم برضاء صاحب السلعة التي وضعها في معرض البيع بشرائه على ثمن خاصّ، فإنّ المشتري حينئذٍ يأخذونه ويضعون ثمنه في مكانه المعدّ له، وكذا يدخلون للحمام مع العلم برضاء صاحبه وغيبته ثم يضعون أجرته في مكانه المعدّ له، وكذا في شرب الماء وأخذ البقل وغيرها، بل جرى

سلوكهم على هذا المنوال، ومن البين أنه ليس في هذا القسم من المعاطات إنشاء لا فعلاً ولا قولاً من البائع أصلاً لفقده، كما هو المفروض.

وتوهم: تحقق الإنشاء الفعلي منه حين جعله عرضة للبيع، مدفوع: بأن الإنشاء لا بد له من المنشئ له المعين، وإلا فلا معنى لإنشاء الملكية للغير مع عدم تعيين الغير، بل جعلها هكذا ليس إلا الرضا بالبيع ولا يدل إلا عليه، ومن البين أن شراء المشتري له ليس إلا الجري على الرضاء، بل لا يبعد ادعاء كون أغلب أفراد المعاطات بل جميعها من هذا القبيل، أي مما لا إنشاء فيها لا فعلاً ولا قولاً، ضرورة أن كلاً من المتعاطين بعد العلم برضاء صاحبه بما يقصده يعطيه ما في يده من غير قصد إنشاء التملك بفعله هذا، بل ليس الفعل إلا الجري على الرضاء.

وإن أبيت إلا عن ذلك فاختر من نفسك بأنك هل ترى فرقاً بين القبض والإقباض الذين يتعقبان العقد أو يحصلان بدونه؟، فكما أن المتعقب للعقد لا ينشأ به التملك ضرورة حصوله بنفس العقد، كذلك فيما نحن فيه فليس في الفعل إنشاء تملك، ولعله إلى هذا ينظر من قال في وجه عدم كفاية المعاطات في البيعة كالعلامة عليه السلام بأن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد.

إذا عرفت ما ذكرناه من عدم اشتغالها على إنشاء التملك لا فعلاً ولا قولاً، ولو باعتبار بعض أفرادها، تعلم عدم شمول ما ذكرناه تعريفاً للبيع لها، فيخرج عن البيع بمقتضى هذا التعريف فلا يكون إلا إباحة صرفة، ولكن الحكم بعدم كونها بيعاً مشكلاً لعدم صحة سلب البيع عنه في نظر العرف، بل يتبادر منه هذه فيستري الإشكال إلى التعريف، لعدم جامعته للأفراد، لعدم شموله للمعاطات، مع أننا قد أثبتنا كونها بيعاً.

فتلخص من هذا عدم اعتبار الإنشاء في مفهوم البيع، بل ليس البيع عندهم إلا التراضي بالتملك والجري على رضاهم والتباني عليه وترتيب آثار الملك، وليس مطلق التراضي بيعاً، بل التراضي الذي يكون كاشفه الفعل، وهذا نظير الفسخ الفعلي

الذي قيل إنه عبارة عن عدم الرضا بمقتضى العقد المكشوف بالفعل لا مطلق عدم الرضا، ولذا لو فرض علم من عليه الفسخ بعدم رضاية من له الفسخ للزم القول بالفسخ، مع أننا لا نقول به، وليس نفس الفعل أيضاً فسخاً وإلا لزم الحكم بتحريم وطى الجارية لو بيعت وكان الفسخ لو وطئها، لأن المفروض أن الفسخ يتحقق بالوطى، فحين الوطى لا محالة يكون ملكاً للمشتري وبعد تحقّقه يفسخ، فهو نظير لفظ «فَسَخْتُ» أو «بَعْتُ» في السبيّة، كما أن سبيّة اللفظ موقوفة على الفراغ عنه كذلك سبيّة الفعل لو قلنا بأنه السبب، وذلك ظاهر لتأخّر المسبّب عن السبب في الوجود، واللازم باطل ضرورة، فيكون الفسخ عدم الرضاء بالبيع المنكشف بالفعل.

**فتلخص:** أن البيع عند العرف عبارة عن التراضي على النحو الخاص المتعقّب بالفعل الكاشف عنه، وذلك لكون المعاطات عندهم بيعاً، مع أنهم لا يقصدون بالفعل في الأغلب إنشاء التمليك، لما عرفت من عدم الفرق بين القبض والإقباض الحاصلين عقيب العقد وما يحصل منهما بدون العقد.

وكيف كان فتكلّم الآن في بعض أقسام المعاطات، أعني ما قصد فيه الإنشاء الفعلي بالتقابض، في أنه هل تثبت به الملكية أم لا؟

**فنقول:** إن ما يمكن الاستدلال به بحصول الملكية أمور:

**الأول:** قوله تعالى: ﴿أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup>.

ودلالته على المقصود أنما تتم بعد إثبات كونه في مقام بيان الحكم الوضعي أعني الصحة لا مطلق الحكم التكليفي أعني الحلية، وبعد إثبات كون الإطلاق في مقام بيان الحكم نفسه لا في مقام بيان أمر آخر، ضرورة أنه لو كان كذلك لما جاز التمسك به بعدما قرّرناه في الأصول، وأن التمسك بالإطلاق أنما يصح في مقام لو لم يقصد



المتكلم من اللفظ العموم للزم القبح عليه، وذلك إنما يلزم لو كان في مقام بيان الحكم وشرائطه، وأما لو كان في مقام تشريع الحكم، أو مقام بيان بعض الأغراض التي لا ينافيها الإهمال، كقول الحكيم للمريض «لا بد لك من أن تشرب الدواء» فلا يجوز التمسك بالإطلاق.

فنقول: أما كون المراد من حلية البيع صحته وجواز ترتب الآثار المبتنية عليه وحصول الملكية به فغير بعيد، بل هو الظاهر من قول القائل: «المعاملة الكذائية حلال» وذلك لإطلاقهم المعاملة كثيراً ما على المعاملة التي يترتب عليها الأثر، وكذا البيع الصادق عليها، واتصافهم إياها بالحلية باعتبار ترتب الآثار من غير ملاحظة نفس المعاملة من حيث هي مع قطع النظر عن الآثار، فيكون على هذا معنى قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> الذي يتوصل أهل العرف به إلى ترتب الآثار، ومعنى حلّيته حلّية ترتب الآثار عليه، لأن الظاهر من استناد الحلّية إلى الأفعال حلّية ما يترتب عليها من الآثار، وإلا فالحكم بحلّية نفس الأفعال من حيث هي من دون ملاحظة الآثار وحرمتها فستبعد غاية البعد، وحينئذ يكون معناه حلّية ترتب الآثار عليه، وذلك معنى الصحة لانتزاعها من الحكم التكليفي على التحقيق.

وأما كون الآية في مقام بيان أحكام نفس البيع وشرائطه ففيه تأملٌ بعد ملاحظة سوق الآية، وكونها في مقام دفع توهم كون البيع مثل الربا، حيث زعموا أن البيع مثل الربا فلا حكم بحلّية البيع وحرمة الربا، فقال الله تعالى ردّاً عليهم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(٢)</sup> إذ معلوم أن تلك القضية صادقة بحلّية بعض أقسام البيع ولو خرج بعض أقسامه الآخر، والغرض المأقّى له الكلام يتحصّل مع إهمال القضية أيضاً، فلو كانت مهمة في الواقع لخروج بعض الأقسام باعتبار بعض الشرائط فيه لا يلزم على المتكلم الحكيم تعالى قبح أصلاً، لعدم كونه في معرض بيان أحكام البيع

وشرائطه، إذ لو كان للبيع أحكامٌ وشرائطٌ في الواقع وقال الله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> بالشَّرائط المقررة لا يلزم القبح عليه، حيث لا يكون في مقام بيان الشَّرائط كذلك لو قال ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾؛ على نحو الإطلاق، فالتمسك بالإطلاق وحمله على العموم غير متّجه مع عدم إحراز كونه في مقام البيان، فلو شكّ في اعتبار شرطٍ في البيع لا يجوز التمسك بالإطلاق ما لم يحرز كونه في مقام بيان الشَّرائط حتى يكون إطلاقه قريبة على العموم.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُسْتَفَادَ مِنْ تَمَسُّكِ الْفُقَهَاءِ رِضْوَانِ اللَّهِ عَلَيْهِمْ خَلْفًا عَنْ سَلَفٍ فِي أَبْوَابِ الْبَيْعِ عِنْدَ الشَّكِّ فِي الشَّرَائِطِ، كَوْنِ الْإِطْلَاقِ فِي مَقَامِ بَيَانِ حُكْمِ نَفْسِهِ، بَلِ التَّمَسُّكُ بِهِ عِنْدَهُمْ مِنَ الْمُسَلَّمَاتِ كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى الْمُسْتَعِ، فَتَأَمَّلْ.

الثاني: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup>.

تقريب الاستدلال: إِنَّ الْآيَةَ تَدُلُّ عَلَى جَوَازِ أَكْلِ الْمَالِ لَوْ كَانَ مُسْتَنْدَ حَصُولِهِ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، وَلَارِيبَ أَنَّ جَوَازَ الْأَكْلِ كُنَايَةً عَنْ جَوَازِ مُطْلَقِ التَّصَرُّفَاتِ، حَتَّى مَا كَانَ مُوجِبًا لِاتِّلَافِهِ، وَلَارِيبَ أَنَّ الْمَعَاطَاتِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِكُونِهَا بَيْعًا وَتِجَارَةً وَعَنْ تَرَاضٍ فِي نَظَرِ الْعَرَفِ، وَلَا يَعْدُ مِنَ الْأَكْلِ بِالْبَاطِلِ لَدَيْهِمْ، مُشْمُولَةٌ لِلْآيَةِ، فَالْآيَةُ تَدُلُّ عَلَى سَبَبِيَّةِ التَّجَارَةِ لِلْحَلْيَةِ الَّتِي مِنْ جَمَلَتِهَا الْمَعَاطَاتُ.

وتوضيح ذلك: أَنَّ الظاهر كون الاستثناء في الآية منقطعاً، لأنّه لو لم يكن كذلك يلزم أن تكون التَّجَارَةُ أيضاً من الأكل بالباطل، إلّا أنّه حكم الشارع بحلّيّة هذا الأكل مع أنّها في العرف لا تُعدُّ أكلاً بالباطل، ولذا لا يدلّ على انحصار سببيّة حلّ الأكل بالتَّجَارَةِ، ضرورة جواز الأكل بالإذن والإباحة وغير ذلك ممّا ليس تجارة قطعاً، إذ لو كان الاستثناء متّصلاً لدلّ على ذلك، ولكنّه لو كان منقطعاً يكون

١ - سورة البقرة: آية ٢٧٥.

٢ - سورة النساء: آية ٢٩.

بمنزلة الاستدراك عن الكلام السابق، فيكون حاصل المعنى 'ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، ولكن يجوز الأكل إذا كان حصل المال من التجارة عن تراض'.  
وبعبارة أخرى: إنه تعالى حَرَّمَ أكل المال بالباطل، ويبيِّن أنَّ التَّجارة عن تراضٍ ليس من هذا القبيل، فلا يدلُّ هذا الكلام أنَّ لا شيء من الأموال جائز الأكل غير التجارة، عن تراض بل حرمة أكل المال بالباطل وجواز الأكل بالتجارة من غير تعرُّض لغيرها إذا لم يكن أكلاً بالباطل، بمعنى أنَّه لا يفهم الانحصار منها.  
ولكن يمكن الحُدُثَة في دلالة الآية على المراد حيث أنَّه يدلُّ على جواز مطلق التصرفات بناءً على كون الأكل كناية عنه كما هو الظاهر، ولا يدلُّ على حصول الملكية، فلا يثبت بها المطلوب من حصول الملكية بالمعاطات.  
ويمكن أن يجاب: بأنَّها تدلُّ على جواز مطلق التصرفات التي منها ما لا يحصل إلَّا في ملكٍ كالعتق ونحوه، حيث ورد أنَّه «لا عتق إلَّا في ملك»<sup>(١)</sup> وجواز هذه التصرفات ملازمٌ للملكية فيثبت بها المطلوب.

الثالث: قوله ﷺ «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(٢)</sup>.

تقريب الاستدلال: أنَّ ما يحصل بالمعاطات يصدق عليه الملك، واسترداده عنه من غير رضاه منافي لسلطنته، منفيٌّ بالحديث.  
وفي هذا الاستدلال نظر<sup>(٣)</sup>: إذ السلطنة أمَّا تتحقَّق بعد حصول الملكية، والكلام في أنَّ الملكية هل تحصل بهذا حتَّى تثبت له السلطنة أم لا؟، وليس هذا في

١ - بحار الانوار: ٢٧٢/٢.

٢ - الظاهر أنَّ تقريب الاستدلال بهذا النحو صدر من غفلة عن فهم مرادهم، وهذا إنَّما يناسبُ لأثبت اللزوم لا الملكية، وأما الاستدلال للملكية فتربيه أن يقال: إنَّ المتعاملين لم يقصدا بفعلهم الآ البيع كما يشاهد بالوجدان، وعدم تأثير فعلهم في التلميك ينافي سلطنتهم كما لا يخفى، فتأمل. (منه ﷺ).

٣ - عوالي اللئالي: ٢٢٢/١، بحار الانوار: ٢٧٢/٢.

مقام بيان الأسباب الموجبة للتّملك، فالتمسك إنّما يتمّ فيما لو شكّ في ثبوت سلطنة خاصّة للمالك بعد إحراز الملكية، لا فيما لو شكّ في أصل الملكية كما لا يخفى.

الرّابع: استقرار سيرة المسلمين على معاملة المأخوذ بالمعاطات معاملة المملّك في التصرف فيه، بالعتق والتّوريث والبيع والوطي والإيضاء وغير ذلك من الآثار الملازمة للملكيّة، وهذه السيرة القطعيّة كاشفة عن إمضاء الشّارع، وعدم ردّعه لهم، وهو حجّة قطعاً، وهذه السيرة بحيث لا يمكن لأحد إنكارها، ولذا ما ردّها القائلون بالإباحة، بل تلك السيرة اضطرّتهم على قولهم، وإنّ لا ينكرون إباحته أيضاً.



## [في ملزمات المعاطات]

قوله رحمه الله: «في ملزمات المعاطات على كل من القول بالملك والقول بالإباحة»<sup>(١)</sup>. أقول: التعبير بالملزمات عن المقدورات إنما يصح على القول الأول أعني القول بإفادتها الملكية، لأنه قد ثبت بالدليل أن الملكية الحاصلة بها جائزة، بحيث يجوز لكل من المتعاطين الرجوع إلى ما كان ملكاً له بعد صيرورته ملكاً للآخر بالمعاطات، ولكنه بتحقيق إحدى المعدودات تصير الملكية لازمة، فهي مُصيرة لما كانت جائزة لازمة، بمعنى أنه لا يجوز بعد ذلك لواحدٍ منها إبطال المعاطاة، فكان إطلاق الملزم عليه في محله، بخلاف القول بإفادتها الإباحة لأنه ليس المقصود أن بها تصير الإباحة التي كانت جائزة لازمة، ضرورة استلزام الإباحة - جائزة كانت أو لازمة - بقاء العين في ملك المالك حتى يعقل إباحة التصرف، وبعد إتلافها لزوم الإباحة غير معقول، لأنه فرع تحقق الموضوع بإطلاق الملزمات عليها في هذه الصورة مساححة في التعبير.

قوله ﷺ: «لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة»<sup>(١)</sup>.

يعني بها الاستصحاب، وقوله ﷺ: «الناس مسلطون»<sup>(٢)</sup>، وكذا «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup>، و«أوفوا بالعقود»<sup>(٤)</sup> وغير ذلك مما ذكره ﷺ تمسكاً لأصالة اللزوم في الملك.

قوله ﷺ: «وأما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس على أموالهم»<sup>(٥)</sup>.

أقول: إثبات الأصل المذكور بالقاعدة المذكورة إنما يتجه لو قلنا بأن الإباحة إنما جاءت من قبل المالك، لأنها مستندة حيثئذ إلى سلطته، فحيث شاء أمضاها، ومتى أراد يرجع عنها، فالأمر موكل إليه، فإذا شككنا في جواز الاسترداد بمقتضى القاعدة المذكورة يحكم به، هذا إذا كانت الإباحة مالكية.

وأما لو كانت شرعية - كما هو الأقوى على القول بها - فالتمسك بها مشكك لإنتطاع سلطنة المالك بها، لأنها جاءت من جانب الشارع من دون إذن المالك، لأن ما قصده المالك أعني التمليك لم يقع، وما وقع أعني إباحة التصرف من غير انتقال العين لم يقصده المالك، وإنما ثبت بحكم الشارع، وهذا أعني جواز التصرف في ملكه بدون إذنه منافٍ لسلطنته فبذلك انقطع سلطنته، فلو شك في ثبوتها بعد ذلك يتمسك باستصحاب المخصص الذي هو جواز التصرف في ملكه من غير اذنه، إلا أن يدعى دلالة الأدلة الدالة على ثبوت السلطنة للمالك على العموم الأزمانى، فلو خرج الحكم في قطعة من الزمان عن تحت العام لدليل يبق العام بالنسبة إلى بقيته

١ - كتاب المكاسب: ٩٠ سطر ٣٥.

٢ - عوالي اللئالي: ٢٢٢/١، بحار الانوار: ٢٧٢/٢.

٣ - وسائل الشيعة: ٢١ باب ٢٠ ص ٢٧٦.

٤ - سورة المائدة: آية ١.

٥ - كتاب المكاسب: ٩٠ سطر ٣٥.

على 'عمومه، لأنه حينئذٍ بمنزلة أحكام عديدة يشمل كل جزء جزء كما ثبت في محله، فالأصل فيها على هذا القول بمقتضى القاعدة الجواز.

ولكن الدعوى مدفوعة: بأن المستفاد منها كونها حكماً واحداً بسيطاً مستمراً ما دام الملك باقياً، لأنها أحكام متعددة بالقياس إلى أجزاء الزمان، إذ الظاهر من قوله ﷺ: «الناس مسلطون»<sup>(١)</sup> وكذا غيره أن السلطنة مستمرة للمالك ما دام الشيء في ملكه، ولا يدل على أن له في كل جزء من أجزاء الزمان سلطنة مستقلة كما لا يخفى، وحينئذٍ لو شك في بقاء الحكم المخصص يرجع إلى ما يقتضيه الأصل فيه أعني بقاء حكمه لا إلى عموم العام، وإثبات حكم العام له بعد ذلك الزمان يحتاج إلى دليل آخر كما تحقق في محله، ولا يخفى أن استصحاب المخصص لا يثبت به إلا إباحة التصرف في الزمان المشكوك.

وأما خروجه عن ملك المالك وصيرورة البدل ملكاً له فلا، بل مقتضى الأصل بقاء الملكية في ذلك الزمان، ويتفرع على ذلك أننا لو منعنا اجراء الاستصحاب في المخصص أيضاً وقلنا إن موضوعه ما إذا لم يثبت المنع من المالك، لا بد أن يرجع حينئذٍ إلى قاعدة أخرى كحكم العقل بجواز تصرف المالك في ملكه، لا من جهة العموم لما عرفت من عدم جواز التمسك بالعام في مثل المقام.

هذا، ولكن الإنصاف في هذه الصورة ولو قلنا بكون الإباحة شرعية أيضاً الجواز، لأن سلطنته غير منقطعة بالكلية، بل تجوز الشارع التصرف مقيّد بعدم الاسترداد، وبعدم إبطال التعاطي، فله أن يسترد وأن يطل، فهذه السلطنة ثابتة للمالك ولو في زمان التعاطي، نعم ليس له ما دام راضياً بالتعاطي المنع عن التصرف لإباحته شرعاً، ولكن له الإبطال فتى شك في اللزوم يحكم بجواز الإبطال بالاستصحاب، ولا يعارض باصالة جواز التصرف لوروده عليه، لأن موضوعه

مقيّد بعدم الإبطال.

واعلم أنّا قد ذكرنا أنّ الأقوى على فرض القول بالإباحة كونها شرعية لا مالكية لعدم اذن المالك وامضائه إياها، ولكنّه قد يظهر من بعض المحقّقين أنّ الإباحة مالكية حيث ذكر في وجهها أنّ التّملك الذي قصده المتعاطيان لازمه الاذن في التصرف لأنّه لا ينفك عن الإذن، وبعد حكم الشارع بعدم حصول التّملك فلا مانع من جواز التصرف الذي فهم ضمناً بالالتزام، فجواز التصرف مستند إلى اذن المالك لا إلى جعل الشارع في هذا المقام بخصوصه.

وفيه أولاً: النّقص بالبيع الفاسدة حيث أنّهم قائلون بعدم جواز التصرف في البيع بعد كشف حالها، فلو كان الإذن المستفاد من التّملك موجباً لجواز التصرف وإباحته لكان التصرف فيها أيضاً جائزاً لعدم الفرق بينهما.

وثانياً: بالحلّ، وهو أنّ اذن المالك بعد التّملك غير معقول، إذ الفعل الصادر من المالك إنّما هو صيرورة الشيء ملكاً، وأمّا جواز تصرفه فمن آثار الملكية، ألا ترى أنّه ليس له المنع عن التصرف بعد جعله ملكاً له، فالاذن بعد التّملك بمنزلة قوله تصرف في ملكك وهذا لا يفيد شيئاً.

إن قلت: هذا الذي ذكرت أنّه مستفاد من التّملك يكفي في ثبوت الإذن. قلنا: بعد النّقص بالبيع الفاسدة، أنّ الاذن في التصرف يزعم كونه ملكاً للغير لا يكفي في جواز التصرف لو كان في الواقع ملكاً لمن اذن التصرف.

قوله ﷺ: «لو سلّم جريانها»<sup>(١)</sup>.

لعلّه أراد إمكان منع اجراء أصالة بقاء الإباحة لإرجاعه إلى الشكّ في المقتضي، بأن يقال بأنّ الشكّ مستند إلى كيفية اقتضاء المقتضي حيث لا نعلم أنّ



سبب المعاطات لإباحة التصرف مطلقاً بحيث يشمل الصورة المشكوكة، أو أنّها ما دام لم يمنع المالك؟ ولو قلنا بأنه من هذا القليل أعني الشك في المقتضي لم يحرم الاستصحاب فيه على مختاره عليه السلام، إلا أن إرجاعه إليه لا يخلو عن تأمل، لأن المنع على فرض تأثيره مانع عما اقتضاه المعاطات وإلا ففي كل مورد يشك في طرؤ المانع يمكن إرجاعه إلى الشك في المقتضي بهذا التقرير، فافهم.

قوله عليه السلام: «إن تلف العوضين يلزم»<sup>(١)</sup>.

أي ملزم للمعاملة المعاطائية التي كانت جائزة، وهذا لا ينافي كون متعلق الشك في الجواز موضوع التراد، إذ تبعيته لو كانت متعلقة التراد أيضاً لسرى الجواز في أصل المعاملة، وإلا فإطلاق الملزوم مساححة في التعبير كما لا يخفى.

قوله عليه السلام: «لأن تلفه من مال ماله، ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء»<sup>(٢)</sup>.

وأراد مما سيجيء، ما ذكره فيما لو تلف أحد العينين، من أن التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذه اليد قبل التلف لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين المأخوذة على إمضاء المعاطات ولم يرد الرجوع.

أقول: إن هنا أصليين على القول بالإباحة:

أحدهما: جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما بيده من مال الآخر بأي نحو شاء من التصرف، الذي من جملة الأكل والشرب والإنفاق والإعطاء والبيع وغير ذلك، كما التزم القائلون بالإباحة.

وثانيهما: قاعدة (من أ تلف مال الغير فهو له ضامن)، وهذه القاعدة تشمل ما

١- كتاب المكاسب: ٩١ سطر ١، وفيه: ملزم.

٢- كتاب المكاسب: ٩١ سطر ٢.

نحن فيه لعمومها، لصدق اتلاف مال الغير لو أكل المال أو شربه أو باعه وغير ذلك، ولا منافاة بين مدلولي القاعدتين حتى يَخَصَّص أحدهما بالآخر، أو يكون أحدهما حاكماً على الآخر، أو يرجع إلى أصل، إذ من الجائز أن يجوز التصرف بشرط الخروج عن عهده، إذ مقتضى قاعدة من أتلف أنه يجب الخروج عن عهده ما أتلف بأي نحو حصل، فمقتضى الجمع بين الأصلين تحقق الضمان بالاتلاف، ووجوب الخروج عن العهدة، ولكن التصرف سائغ شرعاً من غير حرمة، وقد عرفت أن معنى الضمان الخروج عن عهده ما أتلف.

وبالجملة: الواجب على المتلف هو الخروج عن العهدة، ولا شبهة أنه يجب على هذا الشخص الخروج عن العهدة، وخروجه عن العهدة بالإجماع منحصر برفع اليد عما أباحه للآخر، بحيث لو لم ينقذ الإجماع على الانحصار لكان اللازم على القائلين بالإباحة الإلتزام بوجوب الخروج عن العهدة ببذل المثل أو القيمة لكونهما أقرب من التالف، ولكن بعد قيام الإجماع علم أن ما في يد كل من المتعاطين من مال الآخر بدل جعلي عن ماله على فرض تلفه بيد الآخر.

فتبين مما ذكرنا أعني من تعميم الخروج عن العهدة بحيث يعمّ البدل الجعلي أنه لا داعي لتخصيص القاعدة به مع عدم التنافي بين مدلوليها، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله على نحو الاحتمال، وسيجيء مزيد توضيح لذلك من جريان الأصل ومعارضته وغير ذلك من الأحكام عند الكلام فيما لو تلف إحدى العينين إن شاء الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك»<sup>(١)</sup>.

أي من أن الأصل في الملكية اللزوم، والمعلوم خروجه عن مقتضى الأصل هو

صورة إمكان التّراد، وأمّا غيرها فشكوك محكوم بحكم الأصل بالّلزوم.  
وتوهم: جريان استصحاب الجواز في صورة الشّك.  
مدفوع: بعدم إحراز موضوع المستصحب، لاحتمال اختصاصه بالصّورة  
المذكورة كما لا يخفى.

\*\*\*

## [في شروط البيع]

مسألة: هل يجوز تقديم القبول على الإيجاب أم لا؟<sup>(١)</sup>

فيه تفصيل سيّضح إن شاء الله، ولا يخفى أنّ هذه مبتنية على مذهب المشهور من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم، وأمّا على ما قوينا سابقاً من كفاية المعاملة العرفيّة في المملكيّة، وأنّ الأصل فيها اللزوم، خرج منها ما خرج مثل المعاطات، حيث أطبقوا على عدم اللزوم فيها، فالأمر بين حيث نقول بالصحة واللزوم لو لم يقدّم دليل على الخلاف، وتنقيح المقام يتوقف على رسم مقدّمتين:

الأولى: أنّ الافتعال وكذا الإنفعال لا يدلّ إلّا على حصول الأثر لا قبوله كما هو التحقيق، بمعنى أنّ مفهوم القبول ليس جزءاً لما هو الموضوع له لهذا اللفظ، نعم قد يفهم منه القبول لو تعقّب الفعل لا مطلقاً، كما لو قيل ابتداءً: (انكسر الكوز)، لا يفهم منه إلّا وقوع الكسر وحصوله فيه، بخلاف ما لو قيل: (كسرتك فانكسر) حيث يفهم منه قبوله، والسرّ في ذلك أنّ حصول الفعل فرع قابليّته له، وذكره بعد إيراد الفعل

ليس إلا لبيان قابلية المحلّ، وذكر الفعل في هذا المقام لإفادة إيجاد الفاعل الأسباب المستندة إليه في حصول الأثر لا أنّه أوجده، وإلاّ فذكر الإنفعال لغو مستدرّك، فحاصل معنى الكلام أنّي أوجدت سبب الكسر وحصل الكسر فيه، يعني كان قابلاً له، ولذا يصحّ أن يقال: (كسرتَه فلم ينكسر) يعني ما حصل الكسر فيه ولم يقبله، كما أنّه قد يقال: «علّمته وما تعلّم»، و«حمّلته ولم يتحمّل»، ومن هذا القبيل «ذكرته فلم يذكر» إن أرد من عدم الذاكرة حقيقته فيكون المراد أنّ نسيانه بمرتبة لا يرفعه الذّكر.

وأما إن أرد منه عدم المنفعة وعدم ترتيب آثار الذّكر، بمعنى أنّه لا يترتّب آثار الذّكر فخارجٌ عمّا نحن فيه، نظير «وعظه فلم يتّعظ» أي لم ينفع به الوعظ، فنأمل<sup>(١)</sup>.

ولا يتوهم: أنّه يلزمنا على هذا، القول باشتراكه بين المعنيين، إذ لا ندّعي أنّه في هذا المورد استعمل في معنى مغاير للمعنى الأوّل. بل نقول: إنّ ذلك المعنى، أعني حصول الأثر معنىً بحيث لو استعمل في هذا المورد لاستفيد منه القبول بالالتزام، فافهم. الثانية: أنّه كما أنّ للمعاملات وجودات عينية<sup>(٢)</sup>.

١ - وجه التأمل: أنّه على هذا أيضاً قد استعمل في هذا المعنى، والمثال أيضاً كذلك، إلا أنّ عدم القبول وعدم حصول الفعل كناية عن عدم المنفعة حيث ذكر الملزوم أعني عدم حصول الفعل فيه وأريد منه اللازم، أعني عدم ترتيب آثار الحصول، فافهم. (منه رحمته).

٢ - لبيان توقّف صدق اللفظ على المعاملة على اتّحاد الماهية الملفوظ بها مع ماهيتها الموجودة بالوجود الخارجي، وإلاّ لا يصدق أنّه لفظ لتلك المعاملة، بل هو لفظ أجنبيّ.

توضيح ذلك: إنّ للماهيات وجودات في عوالم أربعة:

تارة: توجد بالوجود الخارجي. وأخرى: بالوجود الذهني.

ومرة: بالوجود اللفظي.

ورابعة: بالوجود الكتبي.

كذلك لها وجودات لفظية، يعني كما أنَّ لماهياتها تحققاً خارجياً كذلك لها تحققاً لفظياً، ومعلوم أنَّ من اعتبر اللفظ في المعاملات يريد ماهية ملفوظة بحيث لو جُرِّدت عن كسوة اللفظ وتحملت بوجودها العيني لكانت بعينها هي المعاملة الخارجية؛ فالمناط كلُّ المناط بعد اعتبار اللفظ في الصحة في معرفتها ملاحظة الوجود الخارجي العيني للمعاملة الملفوظ بها، وإيجاد ماهيتها في ضمن اللفظ، فلا تكفي الألفاظ الغير المنطبقة عليها فيها، بل لابدَّ أن تكون الألفاظ بماهيتها عين ماهية المعاملات.

إذا عرفت هذا فنقول: إنَّ المعاطات على قسمين:  
قسم منها: أن تكون مشتملة على الثقل والانتقال في كلِّ من الطرفين.  
وقسم منها: ما لا يكون إلا من طرف واحد كالهبة والقرض.  
وأما القسم الأول: كالبيع فإنَّ كلَّ من الطرفين أعني البائع والمشتري

→ وقد تبين في محلها أنَّها بأعيانها موجودة في هذه العوالم، وحينئذٍ لو قلنا إنَّ صحة البيع موقوفة على أن يكون مُشأً باللفظ، معناه أنَّ ماهيته التي لو تحققت في الخارج لكانت بيعاً خارجياً أنَّ توجد باللفظ، ومعلوم أنَّ تلك الماهية لو لم يعقل تقدُّم بعض مقوماتها على الآخر في الوجود الخارجي، أعني القبول في الخارج الذي هو عبارة عن الأخذ الخارج لا يعقل تقدُّمها في هذه الوجودات أيضاً، وإلاَّ لم تكن هذه بعينها هي، وهذا خلف.  
إن قلت: لعلَّ الامتناع بواسطة الوجود الخارجي، بمعنى أنَّه من عوارض ذلك الوجود، لأنَّ لوازم الماهية نظير الاحراق للنار، فلا مانع من الإمتناع في هذا العالم والإمكان في سائر العوالم، لاختلاف الوجودات.  
قلت: إنَّ تأخُّر القبول الفعلي الذي هو عبارة عن الأخذ عن إيجابه إنما هو بالطبع لا بالوجود، ولذا لا ينفك في التصور أيضاً عنه، إذ لا يعقل تصوُّر الأخذ بدون تصوُّر إعطاء الغير، وأما بعض الصُّور الذي قلنا بجواز تقديم القبول لو لم يكن بهذا اللفظ بل بلفظ آخر ك(اشتريت) و(بعت) ونظائرهما فقد عرفت أنَّها ليست من تلك الماهية حقيقة، أعني ماهية القبول، وأنَّما تسمَّى قبولاً لمناسبة أشرنا إليها، بل هي ماهية التملك حقيقة، وقد بينا أنَّ البيع الخارجي كما يتحقَّق بالتمليك الفعلي والقبول الفعلي كذلك يتحقَّق بالتملك والتملك الفعليين. وهذه التعابير لهذه الماهية، فافهم. (منه رحمته).

ناقلٌ ومنتقلٌ .

أما البائع : فينقل المتاع ويأخذ الثمن والمشتري بالعكس ، ولكن الظاهر من فعل البائع أنه يُملِّك بالعوض والمشتري يتملِّك كذلك ، وذلك النقل والانتقال الواقع بينهما على قسمين :

تارة : يتبدد البائع بتمليك المبيع ونقله إلى المشتري .

وأخرى : يتبدد المشتري بنقل الثمن وتملك المبيع .

والحاصل : أنه كما تتحقّق المعاملة الخارجية ببذل البائع المبيع وأخذ المشتري ، كذا تتحقّق بنقل المشتري الثمن بعنوان العوضيّة ابتداءً وأخذه البائع بهذا العنوان ، فقوام البيع الخارجي في القسم الأوّل إنّما يكون بالتمليك من جانب البائع والأخذ من طرف المشتري ، وهو قبولٌ فعلي ، وهو كاشف عن قصد التملك والرّضا بنقل العوض ، وتقوّمه في القسم الثاني بالتملّك الفعلي الذي يكشف عنه نقل الثمن بعنوان العوضيّة ، والتمليك الفعلي الذي يتحقّق بأخذ الثمن بهذا العنوان .

ولا يذهب عليك أنّ الملحوظ أولاً وبالذات من فعل المتبايعين إنّما يكون تملك البائع وتملّك المشتري ، وأمّا تملك المشتري الثمن وتملّك البائع إياه بعنوان العوضيّة إنّما هو ملحوظ ثانياً وبالعوض ، ولهذا لا يعبرون عن البائع بالقابل وعن المشتري بالموجب ، وكفاية أخذه في القسم الثاني في البيع لكشفه عن التملك ، لا لأنّه متقوم بالقبول الفعلي .

وإذا عرفت ما تلونا لك من أنّ أخذ المشتري المبيع الذي هو قبول فعليّ مستلزم لقصد التملك ونقل العوض ، أنّه ممّا به يتقوّم ماهيّة البيع ، ومعلوم أنّه لا يعقل تقدّم هذه الماهيّة ، أعني على نقل البائع ، علمت أنّ ما هو تعبيرٌ عنها - أعني القبول اللفظي ، وقد يُعبّر عنه بالرّضا - لا يجوز تقدّمه على الثقل اللفظي أعني الإيجاب ، لما بيّنا في المقدّمة من أنّ اللفظ لا بدّ أن يكون بحيث لو تحقّق في الخارج لكان هو الموجود الخارجي ، وقد عرفت أنّه لا يجوز تحقّقه في الخارج بوصف التّقديم .

وما قد يتوهم: من جواز إنشاء القبول والرّضا قبل الإيجاب في اللفظ، كأن يقول المشتري: «قبلتُ تملك هذا الشيء بالعوض» ثمّ قال البائع: «ملكته» لتحقيق الإيجاب والقبول.

مدفوع: بأنّ هذا ليس إنشاء الذي هو ركن العقد، بل الرّكن هو القبول المتأخّر نظير الأخذ، وأنّما يكون هذا بمنزلة الإخبار عن القبول المتأخّر والرّضاء به، وهذا التعبير غير مندرج في القسم الثّاني، إذ القسم الثّاني عبارة عن إنشاء التملك، وهذا اللفظ إنشاء الرّضا بالتملك وبينهما فرق بيّن، والتّعبير عن القسم الثّاني أعني التملك الفعلي إنّما يكون بلفظ (اشتريت) و(ابتعت) ونظائرهما ممّا يدل على مجرّد التملك دون القبول، وقد تبيّن في المقدّمة الأولى أنّ هذه الألفاظ من حيث هي غير متضمّنة لمعنى القبول، ولو قلنا بدلالتها عليه لكان حالها كحال سابقه في عدم جواز التّقديم، وقد بيّنا في تلك المقدّمة أنّ هذه الألفاظ لو تأخّرت لدلّت على المطاوعة أيضاً، فيجوز التّعبير بها في القسم الأوّل أيضاً بدلاً عن لفظ القبول ونظائره، ولو لم تقل بدلالتها في هذه الصّورة أيضاً على المطاوعة لا يخفى أنّه أيضاً يجوز التّعبير بها متأخراً، لما عرفت من أنّ قوام العقد بالتّملك والتملك وأنّما صار الأخذ متقوماً لدلالته عليه.

وبما ذكرنا تبيّن أنّه لا يكفي في القبول الاستدعاء كأن يقول المشتري: «بعتني هذا الشيء»، فقال البائع «بعتكّه»، بل لا بدّ له من لفظ متأخّر، فافهم.

هذا تمام الكلام في القسم الأوّل أعني ما كان الثّقل فيه من الطرفين.

وأما القسم الآخر: وهو ما لا يكون الثّقل فيه إلّا من طرف واحد:

فقد تبيّن حاله من عدم جواز تقديم القبول فيها بأيّ لفظ كان، كالهبة الغير المعوّضة، والقرض، والرّهن، إذ لا تحقّق لها في الخارج إلّا ببذل المالك العين وأخذ المتّهب له أو المقرض أو المتّهب إيّاها، وقد عرفت أنّه لا يمكن التّعبير عن الأخذ بلفظٍ إلّا متأخراً، والمفروض لا نقل من طرف القابل ولو بعنوان العوضيّة حتّى يُبتدء به في الوجود الخارجي.



وأما الالتزام بالمقتضي وإنشائه كما في قول المرتين: «قبلت برهن العين» قبل قول الرّاهن، فقد عرفت أنه ليس القبول الذي هو ركن العقد، بل هو بمنزلة الإخبار عن الرضا المتأخر الذي هو ركن العقد فلا يجوز تقديمه.

وأما لو قال: «ارتهنت» فهو وإن لم يكن قبولاً بل إنشاء حصول ذلك المعنى والالتزام به، إلا أنه ليس بهذا الاعتبار فعلٌ خارجيٌ بجذائها ويكون ركناً خارجاً للعقد حتى يصدق عليها أنه لفظه، فتبصر.

ثم لا يخفى عليك أنه لا يلزم على ما ذكرناه من لزوم اتحاد الأركان اللفظية مع الأركان الخارجية من حيث الماهية بعد اعتبار اللفظ في الصحة أن نقول بكفاية كل لفظ هو كذلك في الصحة، بل اللازم الالتزام بعدم كفاية ما ليس كذلك فيها، فلا ينافي ما ذكرناه قيام دليل خاص على عدم كفاية بعض الألفاظ المتصفة بالصفة المذكورة. نعم لو ثبت دليل على كفاية بعض الألفاظ في القبول، مع عدم كونها متصفة بالصفة المذكورة، كورود نص أو قيام إجماع على كفاية الاستدعاء في القبول في بعض العقود مثلاً، يكشف ذلك عن عدم توقف ذلك العقد على القبول اللفظي، بل يكفي فيه القبول الفعلي في الصحة.

ويمكن أن يقال: إن هذا لا يدل على كفاية مطلق القبول، بل يدل على كفايته لو تعقب لفظاً يكون بهذه المثابة، أعني ما يدل على الرضا بالعقد وإن لم يكن من الأركان إلا أنه من شروط الصحة، بمعنى أنه يمكن أن يشترط القبول الفعلي في التأثير أن يكون مسبوقاً بلفظ، وذلك اللفظ يدل على الرضاء به لا لفظ نفس القبول، إذ قد عرفت عدم إمكان تقدمه فافهم وتأمل فإن المقام لا يخلو عن دقة.

## ومن جملة شروط البيع الجزم والتنجيز

أما الجزم: أن يكون المتبايعان قاطعين بحصول الأثر حين إيقاع العقد، ولا يعلّقانه على شيء يوجب الجهل.

وأما التّنجيز: بأن لا يكون معلّقاً على شيء بأدوات الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها.

والظاهر على ما حكى عن العلامة رحمته أنه اكتفى في الاشتراط بالجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق<sup>(١)</sup>.

والظاهر أن اعتبار الشرطين - بمعنى عدم جواز التعليق في الجملة - إجماعي، ولكن الكلام في بيان مدرك الإجماع، أعني وجه الاشتراط وبيان مورده وكونه كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، وقبل الخوض في الاستدلال لابدّ من ملاحظة البيع العرفي بل مطلق المعاملة العرفيّة بحيث عيّن الماهية المملّكة عندهم عن غيرها حتّى

يُعرف أنّ هذين الشرطين هل هما معتبران في تحقّق الأسباب المملّكة عندهم، أم اعتبارهما مختصّ بالمعاملة الشرعيّة؟، إذ لو اعتبرا فيها لما احتاج إثبات اعتبارهما في المعاملة الشرعيّة إلى دليل مغاير لما يدلّ على صحّة أصل المعاملة، لأنّ الأدلّة الشرعيّة من قبيل «أحلّ الله البيع»<sup>(١)</sup> وغيره ممّا يدلّ على صحّة المعاملة إنّما هي ناظرة إلى المعاملة العرفيّة، فما كان معتبراً في تحقّق ماهيّاتها لا محالة معتبر في البيع الشرعي.

والحاصل: إنّ تنقيح المقام يتوقّف على معرفة الأسباب المملّكة في أنظار أهل العرف، من أنّها هل متحقّق عندهم مع التعليق، أم يتوقّف عندهم تحقّقها على الجزم والتّنجيز، وبدونها لا يرتّبون عليها حال كونها مجردة عن هذين الشرطين آثار المملّكيّة، بل يعدّون ما صدر من المالك من اللفظ مثل قوله: «هذا لك إن جاء زيد من السّفرة» مجرد الوعد على الإعطاء، ولا يحصل به - مع قطع النّظر عن إمضاء متأخّر عن حصول الشرط - تمليك عندهم، فيكون على هذا إنشاء التّملك على هذا منافياً للتّعليق فيه؟



## «تفصيل»

«قاعدة كل عقد يُضمَّنُ بصحيحه يُضمَّنُ بفساده، وما لا يُضمَّنُ بصحيحه لا يضمَّن بفساده»

والكلام فيها تارة في معناها وما أريد منها، وأخرى في مدركها. أمَّا الكلام في المقام الأول فنقول: إنَّ المراد بالعقد أعمُّ من اللّازم والجائز، بل ما فيه شأنيّة الإيقاع، إذ المراد منه مطلق العهد، فيشمل الجُعالة والخُلْع والوكالة وغير ذلك من المعاهدات، وهذا ظاهر لمن لاحظ كلمات الأصحاب وموارد ذكرها.

والمراد بالضّمان أن يكون دَرَكَ المضمون فيه وخسارته في ماله الأصلي لا فيما تملّكه بهذا العقد، فاذا تلف وقع نقصانٌ فيه لوجوب تداركه منه، فعناه كلُّ عقد يترتّب عليه الخسارة في ماله الأصلي بصحيحه كذلك يترتّب فيه بفساده أيضاً كذلك، وما لا يترتّب بصحيحه خسارة كذلك لا يترتّب بفساده أيضاً خسارة.

وتوهّم: أنَّ المراد منه مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له. مدفوع أولاً: بأنَّ هذا ليس معنى الضّمان أصلاً، إذ لا يقال أنَّ الإنسان ضامن

لأمواله مع أن تلفها في ملكه.

وثانياً: إنَّ هذا المعنى يتمُّ في طرف العكس، إذ لا يصدق على العين الموهوبة بعد تلفها أنَّها تلفت مملوكة له، مع أنَّه لا يُضمَّن بفاسده كما سيَتَّضح فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وكذا لا يستقيم هذا المعنى في طرف الفساد، إذ بعد فرض الفساد لا يكون المضمون فيه ملكاً له حتَّى يصدق عليه أنَّه تلف مملوكاً له، فلا بدَّ أن يكون بالمعنى المذكور، إذ إرادة هذا المعنى في هذا الطرف قرينة على أنَّ المراد في طرف الصَّحيح أيضاً كذلك، إذ الظاهر عدم التَّفكيك بينهما في طرف في المقامين، فإنَّ المراد منها واحد فيهما مع أنَّهم استدلَّوا في أمثال المقام على نفي الضَّمان في فاسده لعدمه في صحيحه بهذه القاعدة، وهذا كاشف عن إرادتهم منه هذا المعنى.

ثمَّ لا يخفى أنَّ ظاهر العموم المستفاد من لفظ كلِّ هو العموم الإفرادي، فقتضاه الثبوت بملاحظة كلِّ فردٍ فردٍ، ولكنَّه منافٍ لظاهر لفظ بصحيحه وبفاسده، إذ الظاهر منها تحقُّق كلِّ من القسمين في كلِّ فرد مشمول للكلمة كلِّ فعلاً، وهو بالنسبة إلى الفرد الخارجي الشخصي غير متصوّر، لأنَّه أمّا متَّصف بالصَّحة أو بالفساد لكونها متقابلين لا يجتمعان في موضع واحد شخصي، فلا بدَّ أمّا من حملة على إرادة الأنواع من العقود والأصناف، ولكنَّ إرادة الأنواع بخصوصها مشكل لأنَّ بعض الأنواع أصنافها مُضمَّنٌ وبعضها غير مُضمَّنٍ كالصِّلح والهبة، فهي من حيث هي عارية عن الاقتضاء ولها شأنيَّة الإِتِّصاف بكلا القسمين بملاحظة الخصوصيَّات والتَّشخيصات، فلا بدَّ من الحمل على إرادة الأصناف، بل لا على خصوص الأصناف بحيث ينافي إرادة نوع لا يتَّصف بكلا القسمين، بل يُحمل على إرادة معنى كلِّي قابل لتحقُّق صحيح فيه وقسم فاسد بحيث يشمل الأصناف لو كانت بهذه الصَّفة، وإلَّا فالأنواع، فتحمل على إرادة الكلِّي الأقرب إلى الأشخاص، وتعيين الحمل عليه بملاحظة هذه المقدَّمة الخارجية أعني العلم بعدم اقتضاء بعض الأنواع في حدِّ ذاتها شيئاً من الضَّمان

وعدمه، لا لكونه أقرب المجازات إذ ليس إرادة الأنواع ارتكاب تجوُّز في لفظ الكلِّي. غاية الأمر أنَّه كثيراً ما يراد منه العموم بالنسبة إلى كلِّ فرد فرد من أفراد مدخوله، لا أنَّه لو أُريد منه كلُّ نوع نوع يكون مجازاً، كما لا يخفى.

وأمّا نفي الحمل على إرادة كلِّ فرد فرد فبملاحظة مدلول الكلام، أعني ظهور لفظ بصحيحه وبفساده فيما إذا تحقّق القسمان فيه بالفعل، إرادة العموم بالنسبة إلى أفراد العقود خلاف ظاهر القضية، فلا يتوهم منه أنَّ المراد منه خصوص الأشخاص، وأنَّ معناه كلِّ شخص من العقود الذي يضمن به لو فرض صحيحاً يضمن به حين فساد، لما عرفت من أنَّ ظاهرها وجود القسمين فيه بالفعل لا ما يفرض تارة صحيحه وأخرى فاسده، مع انه لو كان المراد هذا المعنى لكان اللازم أن يقال كلِّ عقد يضمن بصحّته يضمن بفساده لا بصحيحه وبفساده.

ثمَّ إنَّ لفظة الباء في بصحيحه وبفساده:

أمّا بمعنى في، بأنَّ يراد كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده.

وأمّا مطلق السببية، الشاملة للناقصة لا العلة التامة، فإنَّ صحيح العقد قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، وأمّا العقد الفاسد فلا يكون علة تامة أصلاً بل يفتقر ثبوت الضمان به إلى القبض وقبله لا ضمان أصلاً، فجعل الفاسد سبباً للضمان أمّا لأنَّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وأمّا لأنَّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

هذا مجمل القول في معنى القاعدة.

\*\*\*

وأمّا الكلام في مدرّكها فنقول:

إنَّ ما ذكره مدرّكاً لها أمران:

أحدهما: إقدام الآخذ على الضمان، وهذا ما أستخدم من كلام الشيخ رحمه الله في

«المبسوط» حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فاذا لم يسلم له المسمى يرجع إلى المثل أو القيمة، وتبعه في الاستدلال الشهيد رحمته الله في «المسالك».

والثاني: قوله عليه وآله السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup>.

ويرد على الدليل الأول أمران:

أحدهما: إنه أخصّ من المدعى من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان كما في بيع السلم والصرف قبل القبض، بل ومطلق البيع قبل القبض، وقد لا يكون الإقدام ويكون الضمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال البائع: «بعتك بلا ثمن وآجرتك بلا أجر» على قول غير الشهيد رحمته الله، وهو قوي في الأخير عدم الضمان.

وبالجملة نقضه ولو في صورة الطرد يكشف عن فساد الدليل، فلا يثبت به المدعى.

وتوهم: تخصيصه في هذه الموارد لدليل خاص.

مدفوع: بأن التخصيص إنما هو في الأدلة اللفظية، وليس في المقام عموم لفظي حتى يختص، وأما الدليل اللبي فلا يقبل التخصيص.

وكذا توهم: عدم اختصاص الإقدام بالدليّة بل هو مع القبض.

مدفوع: بأنه إما أن يكون الأخذ حينئذٍ تمام العلة في وجوب الضمان، فهذا هو التمسك بقاعدة اليد، وسيجيء الكلام فيه فيكون الإقدام من قبيل الحجب الموضوع في جنب الإنسان ولا ربط له في الدلالة.

وأما أن يكون هو أيضاً جزءاً للعلّة، وهذا أيضاً غير تامّ للتقضى بما لو أقدم على أخذ الوديعة بشرط الضمان حيث أنه أقدم على الأخذ بالضمان.

ثانيهما: إنه أقدم على ضمان خاص لا الضمان بالمثل والقيمة، وإذا انتفت الخصوصية انتفى الإقدام رأساً ضرورة انتفاء الجنس عند انتفاء فصله، وليس إقدام آخر منه حتى يتقوم به بعد ذهاب الخصوصية.

والحاصل: أنها أقدم وتراضيا على ضمان خاص ولم يُمضه الشارع، وبعد عدم إمضاء الشارع ذلك الإقدام لا يبقى إقدام آخر ورأه حتى يصدق على أنها أقدم عليه، لأن ما رضى به لم يقع وبغيره لم يرضيا قط، فاثبات الضمان أو القيمة في أمثال المقام يحتاج إلى دليل آخر.

اللهم إلا أن يوجه في المقام كتوجيههم في نظائره، مثل النكاح والطلاق وبعض البيوع وغير ذلك في كثير من الموارد مما يحكمون بصحته بعد فساد شرط في ضمنه، أو فقد قيد معتبر فيه أنه مما تعدد فيه المطلوب نوعاً، مثلاً يقال إن المقصود من البيع أولاً وبالذات هو تمليك الغير للمبيع وتملكه للثمن، وأما خصوصية الثمن فهو أما من جهة تحقق المطلوب في ضمنه وتقومه به أو، لأنه مطلوب آخر فبانتفائه لا ينتفي ما هو المطلوب أولاً، وكذا في النكاح لو فسد المهر فيقال إن المقصود أولاً وبالذات هو تحقق التناكح، وأما ثبوت المهر وخصوصيته فمطلوب آخر، فانتفاء الخصوصية وفساد المهر لا يوجب ارتفاع أصل النكاح، وكذا في غيره من المقامات التي حكموا بالصحة فيها بعد فقد الشرط والقيد.

ولكن هذا التوجيه رأساً لا يخلو عن تأمل، هذا كله مع أن دليل الإقدام مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله لا شرعاً ولا عقلاً كما لا يخفى.

والحاصل: أنه يرد على دليل الإقدام:

أولاً: أنه لا دليل على أن الإقدام موجب للضمان لا شرعاً ولا عقلاً.

وثانياً: أنه منقوض طرداً وعكساً كما بينا.

وثالثاً: أننا لو سلمنا سببية الإقدام للضمان، فهو إنما يتم بالتسبة إلى ما أقدمنا عليه أعني الضمان بالمسمى، والمفروض أن الشارع لم يُمضه، وأما الإقدام بغيره فلم



يتحقق بعد .

اللهم إلا أن يقال أنه من قبيل تعدد المطلوب، وفيه ما لا يخفى.

وأما خبر اليد، فالتمسك به لإثبات الضمان حسن في الجملة بعدما عرفت من منع ظهوره في الحكم التكليفي إذا استند الظرف إلى مال من الأموال عيناً كان أو ديناً، ولكنه لا يثبت به المطلوب، أعني إثبات الضمان مطلقاً لإختصاص مورده بالأعيان فلا يشمل المنافع والأعمال، لأن الظاهر من اليد والأخذ والرد أن يكون المتعلق قابلاً للأخذ باليد، ولا نعي أن المراد باليد خصوصها بحيث لا يشمل مطلق الاستيلاء أو الأخذ بغير اليد، بل المراد أنه يعبر بهذا التعبير عند العرف عن الاستيلاء على شيء قابل للأخذ باليد، فعلى هذا يكون الخبر مختصاً بالمنقولات من الأعيان. نعم يمكن دعوى تعميمها بالنسبة إلى مطلق الأعيان بادعاء صدقه على الاستيلاء على ما لا يُنقل أيضاً، حيث يصدق على من تصرف ملكاً أنه في يده، بل هذا الإطلاق شائع في العرف.

وأما إطلاقه بالنسبة إلى المنافع والأعمال بحيث يشملها ظاهر الخبر ممنوع، إذ لا يقال على من سكن داراً أو أجر شخصاً، أن سكنى الدار أو خدمة الأجير في يده، ولكنه يصدق على نفس الدار والأجير أنها في يده.

فتبين مما ذكرنا أنه لا ظهور في شمول الخبر الشريف للمنافع والأعمال، فلا بد لإثبات الضمان فيها من دليل آخر.

وبيان أوفى: إن اليد وإن لم يكن مستعملاً في معناها الحقيقي، إلا أنها كناية عن الشخص الآخذ أو المستولي على الشيء، بقرينة (ما أخذت)، والتعبير عنه باليد لكون الآخذ غالباً بها، وكونها آلة له، وقد بينا أنه لا يصدق على من استوفى سكنى الدار وخدمة الأجير أنه أخذ، ولا ينفع في المقام عموم كلمة (ما) بعد خصوصية صلتها، فعنى الخبر، على الآخذ ما أخذ حتى يؤدي، ومعلوم أن حقيقة الآخذ هو الإمساك بالجوارح وهذا بظاهره لا يشمل إلا على المنقول، لأنه هو القابل للأخذ لا

غيره، ولفظ الاداء أيضاً ظاهر في المنقول.

ولكن يمكن ادعاء ظهوره في مطلق الأعيان، لشيوع استعمالها في ما لا يُنقل أيضاً ولو مساحة، حيث يطلقون على كل عين في تصرف شخص أنه بيده وهذا - أعني تعميمها للأعيان - غاية ما يمكن استظهاره من الرواية.

وأما تعميمها بحيث يشمل المنافع والأعيان أيضاً فمما لا وجه له كما لا يخفى. وقد يُستدل على إثبات الضمان مطلقاً بما دلّ على احترام مال المسلم، وأنه (لا يحلّ إلا عن طيب نفسه)<sup>(١)</sup> و(أن حرمة ماله كحرمة دمه)<sup>(٢)</sup>.

وتقريب الاستدلال: أنه لا شبهة في أن المنافع والأعمال تُعدّ في العرف من الأموال ولو حكماً، لكونها مما يقابل بها المال، فكما أن ماله محترم كذا عمله أيضاً محترم، لأنه بمنزلة المال، لكونه مقابلاً له فيشملها ما دلّ على احترامه، والظاهر أن كل شيء يقابل به المال ويجعل ثمناً للمبيع ما عندهم، ومعلوم أن المنافع والأعمال كذلك لصحة قولك «بعتك هذا بخدمتك لي سنة»، والقيد الأخير للإحتراز عن بعض الحقوق كحق التحجير حيث يقابل به المال ولكن لا يجعل ثمناً للمبيع.

ويمكن أن يقال: إن بذل المال بإزائه لرفع السلطنة وإسقاط الحق لا بازاء الحق فلا يقابل به المال أيضاً، فافهم.

ولكن الإشكال في تصوير معنى الاحترام، و(أن حرمة ماله كحرمة دمه)<sup>(٣)</sup> من أنه لبيان مجرد الحكم التكليفي أو يثبت به الحكم الوضعي أيضاً أعني ثبوت الضمان؟ فنقول: إن هذا الخبر يدلّ على نفي ما يُنافي الاحترام، وحينئذ نقول إن عدم تسلّط الشخص على استرداد ماله المغصوب أو قيمته بعد التلف منافي لاحترام المال، كما أن عدم اقتدار وليّ الدّم على القصاص أو أخذ الدية استخفاف وهتك

١ - بحار الأنوار: ٢٧٩/٨٣، عوالي اللئالي: ١١٣/١ حديث ٣٠٩.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٢، باب ١٥٢، ص ٢٨١.

٣ - وسائل الشيعة: ج ١٢، باب ١٥٢، ص ٢٨١.

لحرمة بحيث يقال أنه هدر دمه.

والحاصل: أن نفس جعل الاحترام من حيث هو على هذا يدل على إثبات الضمان ولزوم الخروج عن العهدة، حيث أن عدمه مناف للاحترام، وأن تشبيه الشارع له بالدم يقتضي عموم المنزلة، فهو في قوة أن يقال إن كل احترام ثابت للدم فهو بعينه ثابت للمال أيضاً، وبهذا التوجيه يثبت الضمان، ولو لم نقل بأن نفي الضمان هنك بل مجرد إثبات الحكم التكليفي احترام، إذ التشبيه على هذا لعموم المنزلة لا لإثبات أصل الإحترام.

وأما أن نقول إن للاحترام مراتب، والتشبيه إنما هو في مرتبة الاحترام، فالكلام بمنزلة أن هذا الاحترام عدل ذلك الاحترام، وكلاهما في مرتبة واحدة، وكل وزان الآخر، ومعلوم أن مرتبة احترام الدم ليس صرف الحكم التكليفي بل له مرتبة أخرى فوق ذلك وهي ثبوت الحكم الوضعي أيضاً لولي الدم أعني السلطنة على التقاص، فاثبات تلك المرتبة لمن أتلف ماله معناه السلطنة على التقاص بأخذ المثل أو القيمة.

والفرق بين هذا التوجيه وسابقه أن ثبوت الضمان هنا معتبر في نفس مرتبة الاحترام وفي سابقه من أحكام احترام الدم، واثباته هنا لعموم المنزلة وفي الأول معتبر في ماهيته لا في مرتبة منه فبانتفائه ينتفي الاحترام رأساً بالتوجيه الأول، وبالتوجيه الأخير تنتفي تلك المرتبة، ولا ينافي ذلك ثبوت مطلق الاحترام في الجملة دون تلك المرتبة.

وعلى هذا أيضاً لو قلنا بأن مجرد إثبات الحكم التكليفي، ولو من دون ضمان احترام، فليس نفي الضمان هتكا لما عرفت من أن التشبيه على هذا التوجيه لإثبات المرتبة لا لإثبات أصل الاحترام، وعلى كل من تلك التوجيهات الثلاثة يثبت بها الضمان<sup>(١)</sup>.

١ - ولكن يمكن أن يدعى أن تشبيه حرمة المال بحرمة الدم لبيان كونه عظيماً في نظر الشارع

وكذا يدل على المطلوب ما يدل على أنه «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»<sup>(١)</sup>، ولو لم يكن مختصاً ببيان الحكم التكليفي.

وتقريب الاستدلال: أن الحل قد يستعمل بمعنى الأداء والتجاوز، كما يقال «أحللني بعفوك»، وقولك لمن له حق عليك «حللني عن كذا وكذا»، أو «اجعلني في حل»، يعني تجاوز مني، وحينئذ لو قلنا بأن هذا هو معناه الحقيقي، وفي كل مورد استعمل من تلك الموارد مثل «لا يحل لك أكل هذا الشيء» بمعنى أنه لا يتجاوز أكله بحيث يكون أمره سهلاً، بمعنى أن هذا هو الجامع في تلك الموارد فيدل على إثبات الضمان.

→ كما أن الدّم كذلك، بادعاء كونه أظهر صفات المشبه به، ولذا لو انضم إليه وعرضه أو شبه العرض منفرداً لا يكون إلا لذلك، إذ من المعلوم أنه ليس لهلك العرض ضمان. وتوهم أن ذكر العرض موجب لصرفه عن ظاهره أعني إثبات الضمان، مدفوع بعدم ظهور الفرق بين معنى قولنا (حرمة ماله كحرمة دمه)، أو (حرمة ماله وعرضه كحرمة دمه)، فهذا يسقط الخبر عن الدلالة على المدعى.

ولكن الإنصاف أن كونه أظهر الصفات ممنوع، بل هو في عرض سائر الأوصاف، فلا بد من تعميم التشبيه بالنسبة إلى جميعها فيثبت به الضمان، وذلك نظير التمسك لإثبات الذية بعد الموت لو قطع منه رأسه مثلاً بقوله (حرمة الرجل ميتاً كحرمة حيّاً) وذلك لو كان ظاهراً في أن حرمة عظيمة لما كان للتمسك به وقع.

وأما ما ذكره من انضمام العرض إليه فلا ينافي ذلك بعد عدم قابلية المحل لثبوت الضمان، إذ عدم قابلية ذلك للتعميم بالنسبة إلى الضمان لا يوجب عدم التعميم في حرمة المال، إذ خروج بعض الأحكام بالنسبة إلى بعض لدليل خارج أو لعدم قابليته للمحل غير موجب لاستعمال اللفظ في غير ما أثبت به الضمان كما لا يخفى.

وبالجملة: الظاهر أن الخبر لا يخلو عن ظهور في عموم المنزلة، وهذا المقدار من الظهور كافٍ في إثبات الأحكام الفقهية إذ لو بنينا على عدم الاقتناع بهذا النحو من الظهور في الأحكام الفقهية لما بقي لأغلب الأحكام دليل.

فتلخص مما ذكرنا أن الخبر يدل على إثبات الضمان في إتلاف مال المسلم، ولكنك قد عرفت أن دلالة على الاعمال والمنافع الغير المستوفاة محل تأمل. (منه رحمته).

بيانه: أنه لو استعمل في معنى يصح إطلاقه على تلك المشتركات بحيث يصدق على المال المتلف بعد تلفه أنه لا يحلّ له هذا المال، بمعنى أنه لا يتجاوز بل يبقى على عهده ويلزمه الخروج عن عهده بنحو من الأئحاء، صح الاستدلال به لنفي الضمان، وإلا فلو استعمل بحيث لا يثبت به إلا الحكم التكليفي لا يجوز التمسك به كما لا يخفى. والحاصل: أنه لو استعمل «لا يحلّ» في معنى يصدق بعد التلف، لا بد أن يكون المراد منه لزوم الخروج عن العهدة، ويحصل الرضا بطيب النفس، وذلك أعني الرضاء قد يحصل حقيقة كما في صورة الاسترضاء وحصول الرضاء والتجاوز منه، وقد يحصل بحكم الشارع كما لو قال «لو أتلفت مال الغير فعليك مثله أو قيمته» سواء رضي مالكة بطيب نفسه أو لم يرض، غاية الأمر أنه تحقق منك معصية من جهة التصرف في مال الغير يتجاوز الشارع عنه بالتوبة «إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً»<sup>(١)</sup> إلا أن يُشرك، وحينئذ يثبت به الضمان، لأنه لو لم يجعل الشارع بذل البدل في حكم الرضا للزم أن لا يكون لتلك المعصية علاج ولو بعد التوبة، حين لم يتحقق الرضا عنه، ومن البين خلافه.

وبيان آخر: أنه لو قال الشارع لأحد «لا يحلّ لك مال زيد بعد التلف»، إذ المفروض صدق ما نحن فيه على ما بعد التلف، لكان معناه ما يدلّ على لزوم الخروج عن العهدة.

فنقول: إن هنا - أعني في إتلاف مال الغير - أمرين:

أحدهما: التصرف في سلطانه وإخراجه المال عن ملكه.

والآخر: أكله، أعني إتلافه وصرفه.

وما هو قابل للخروج عن العهدة هو الثاني، أعني الإتلاف، إذ هو قابل للخروج عن عهده ببذل البدل أو القيمة، وأما الأول أعني التصرف وإن كان، إلا

أنه ليس قابلاً للتدّارك حتّى يبقى على عهدته، وأمّا تعيين الضّمان بالمثل والقيمة فبالإجماع، بأنّه لو ثبت عليه شيء لكان هو المثل أو القيمة.

هذا، ولكن قد يقوى في التّظنّ - مضافاً إلى ادّعاء عدم ظهوره فيما عدا الحكم التّكليفي - أنّ صدق المال على المنافع والأعمال مشكل عند العرف حقيقة، خصوصاً بالنّسبة إلى الأخير، أعني الأعمال، فدلالته على إثبات المدّعى أشكل.

وبالجملة: دلالته على المدّعى مبنية على ادّعاء ظهوره فيما عدا الحكم التّكليفي، وصدق المال على المنافع والأعمال، وهما يتفاوتان في الأنظار.

ولكنّ الإنصاف أنّ المال عند العرف لا يصدق على الأعمال ولا المنافع إلّا المستوفى منها، وأمّا غير المستوفى فلم يتحقّق بعد حتّى يتّصف بالمالية، وأمّا بذل المال في مقابلها كما في الإجارة فهو بنحو من الاعتبار العرفية، حيث أنّها عندهم بمنزلة المال لا أنّها مال حقيقة، ولذا يقال إنّ فيها تقدير المال، وإذا لم يكن إطلاقه على المنافع الغير المستوفات على نحو الحقيقة لا يجوز التمسّك بالخبر على فرض تمامية إلى ما يعمّه.

وقد يُستدلّ إثباتاً للمدرك للقاعدة بأدلة نفي الضرر والضرار في الشريعة، وهذا أحسن لو قلنا بأنّه يدلّ على الضّرر في الأحكام الشرعية مطلقاً نفيّاً وإثباتاً، يعني أنّها تنفي الضّرر بالنّسبة إلى الأحكام الجعلية والتّقريرية التي وكلّها إلى طريقة العقلاء، أعني عدم التّكليف في مورد عدم البيان، فحينئذٍ تدلّ على أنّه ليس في الشريعة المطهرة جعل حكم يترتب عليه الضّرر ولا عدم جعل يكون كذلك، ومعلوم أنّ عدم جعل الحكم بالضّمان فيما نحن فيه - ولو بالنّسبة إلى المنافع والأعمال - موجب للضرر، فما دلّ على نفيها يدلّ على ثبوت الضّمان. هذا لو قلنا بعمومها نفيّاً وإثباتاً.

وأمّا لو قلنا بأنّها تدلّ على نفي الضّرر في مجعولات الشارع دون الأحكام الغير المجعولة الموكولة إلى العمل بالأصول وطريقة العقلاء، فلا يثبت بها المطلوب،

لأنّها حينئذٍ تدلّ على أنّ الشّارع ما جعل الأحكام الضرورية، فلا ينافي أن يكون هذا الحكم الضّرري من المقرّرات مع كونه مطابقاً للأصول.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهرها هو الأول، فكأنّه فرض الأحكام نفيّاً وإثباتاً شيئاً واحداً وأخبر بأنّ فيها ليس حكماً ضرورياً، فافهم.

هذا تمام الكلام في الكبريات، أعني في أنّ للشيء الفلاني ضماناً، فلنشرع في التكلّم في الصّغرى واندراجها في تلك الكبريات.

فنقول مستعيناً بالله: إنّ قولنا «كلّ عقد يُضمّن بصحيحه يُضمّن بفاسده» أعني بعد القبض والأخذ، إذ قبله لا ضمان أصلاً في الفاسد، بل ولا في الصحيح أيضاً.

وليُعلم أولاً: أنّ القبض المعتبر هنا غير القبض المذكور في باب البيع، إذ يكفي فيه مجرد التّخلية وتمكين المشتري، ورفع اليد عنه بدفع مفتاح الباب إليه، ولكن فيما نحن فيه أعني في إثبات الضّمان في المعاملة الفاسدة لا يكفي إلّا حقيقة القبض والأخذ، حتّى يصحّ الاستدلال لإثبات مدركه ولو في الأعيان بقوله «على اليد ما أخذت»، ومن المعلوم أنّه لا يصدق على مجرد التّخلية الأخذ، ولأجل أنّ المعتبر في إثبات الضّمان في العقود الفاسدة القبض والأخذ عبر بعضهم عن القاعدة بقولهم المقبوض بالعقد الفاسد.

ثمّ إعلم ثانياً: عموم القاعدة يقتضي إثبات الضّمان فيما أثبت الضّمان مطلقاً، سواء كان مورد العقد عيناً أو منفعةً أو عملاً، سواء تلف العين أو أتلف، وكذا المنفعة سواء كانت المنفعة مستوفاة أو غير مستوفاة، فهذه أقسام سبعة لا بدّ لها من مدرك يثبت به الضّمان حتّى تتمّ القاعدة بعمومها، فلا بدّ من ملاحظة هذه الأقسام مع كلّ ما يصلح أن يكون مدركاً للقاعدة حتّى يتبيّن الحال.

فنقول: أمّا حديث اليد فيه يثبت الضّمان في صورة تلف العين وإتلافها، بعدما عرفت من أنّ الخدشة في دلّالته بادّعاء ظهور كلمة «على» في الحكم التّكليفي في غير محلّه لو استند إلى مال من الأموال.

وأما ما عداها من الصّور الخمس الباقية فلا يثبت الحكم به فيها، لما ذكرنا من أنّ الأخذ والرّد واليد ظاهرة في كون متعلّقها عيناً.

وأما ما يدلّ على احترام مال المسلم، من أنّه لا يحلّ إلاّ عن طيب نفسه - على فرض تماميّتها - وكذا ما يدلّ على أنّ حرمة ماله كحرمة دمه، فيدلّ على ثبوت الضّمان في الصّورتين المذكورتين، وصورة ما لو كان متعلّق العقد منفعة مستوفاة لو أتلف، وأما فيما عداها من الصّور الأربع الباقية أعني لو كان المتعلّق للعقد منفعة غير مستوفاة مطلقاً، وما كان عملاً، فلا يثبت بها الحكم، لما ذكرناه من عدم صدق المال عليها، وكذا في صورة تلف المنفعة المستوفاة، كما لو آجر داراً بإجارة فاسدة وغصبها غاصب قهراً بعد القبض واستوفى منفعتها<sup>(١)</sup>، لأنّه إنّما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه واتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك بالنسبة إلى المستأجر فيما استوفّاها بنفسه<sup>(٢)</sup>، فيكون مفاده ما يستفاد من قوله ﷺ «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»<sup>(٣)</sup>. وعلى هذا فالتمسك به لصورة الإتلاف أوفى من غير احتياج إليه، مع ما فيه من المناقشات التي عرفت.

وإلى ما ذكرنا من عدم شمول ما يدلّ على الاحترام لصورة التّلف، بل هو مختصّ بالإتلاف، صرح شيخ مشايخنا ﷺ في مكاسبه في مسألة ما كان للعين المبتاعة

١ - لأنّها ما دامت في يد المستأجر لم تتصف بالماليّة وبعد اتّصافها بها ليست في يده.

٢ - ألّهم إلاّ أن يقال أنّه لما كان في يده فكان قبضه سبباً للغصب وعلى هذا ليس لهذه الصورة فرض ولكنّه لا يخفى ما فيه، فافهم (منه رحمه الله).

٣ - قال المحقّق الإصفهاني ﷺ في حاشيته على المكاسب [٢٤٩/١]: «لم يستدلّ ﷺ على ضمان المنافع المستوفاة بما اشتهر من قولهم (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) اذ ليس هو بهذا العنوان مورد خبر وأثر وإن اشتهر، بل الظاهر أنّه مأخوذ من الموارد الخاصّة المحكوم عليها بالضمان كما في الرهن والمضاربة والوديعة والإجارة فإنّه حكم فيها بالضمان مع التعديّ والتفريط، وكذا في غيرها كقوله ﷺ: (من أضرّ بطريق المسلمين فهو له ضامن)، والظاهر بل المقطوع أنّه لا لخصوصيّة تلك الموارد على كثرتها وتشتتها ولذا جعلوا بالإتلاف سبباً للضمان كليّة».



منفعة غير مستوفاة هل يضمن المشتري بفساد البيع أم لا؟ حيث رد الاستدلال به لإثبات الضمان بأنها إنما تقتضي عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض، وإنما ذلك في الاستيفاء.

هذا، والعجب منه (طاب رسمه) حيث ذكر في هذا المقام ما عرفت، مع تمسكه فيما قبل هذه المسألة لإثبات المدرك للقاعدة التي نحن بصدد بيانها على عمومها بها، وقد عرفت أن القاعدة تشمل ما لو كان متعلق العقد منفعة غير مستوفاة أو عيناً فلا وجه للتمسك بها لإثبات المدرك كلية بناءً على ما ذكره هنا، فتبصر.

وأما حديث نفي الضرر فهو يدل على ثبوت الضمان في جميع الصور [التي] في عدمه ضرر على المالك والعامل.

ولكن يُشكل هذا أيضاً في بعض الموارد، إذ غاية ما يدل عليه هذا وجوب التدارك على الضار، وهذا إنما يتم فيما لو كان عمل العامل بأمر المستأجر ومستنداً إليه، وأما لو لم يكن بأمر المستأجر بل مسبباً عن زعمه كونه حقاً له لأجل الإجارة فلا يثبت به الضمان، إذ ليس انتهاك حرمة عمله مستنداً إلى الغير حينئذ حتى يصدق عليه أنه أضربه، بل هو مستند إلى نفسه بتخيّله استحقاق الغير له، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

وبما ذكرنا تبين أنه لو دلّ دليل خاص على حرمة عمل المسلم كحرمة دمه لا يدل على أزيد من ذلك.

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْخُرُمَاتِ قِصَاصٌ﴾<sup>(١)</sup> بناءً على شمول الحرمة للأعمال، فلا يثبت به زائداً على ما أثبت بأدلة نفي الضرر، فلا يدل على ثبوت الضمان في الإجارة المذكورة، لما عرفت من أن انتهاك حرمة العمل ليس بأمر المستأجر حتى يكون ضامناً، بل الاعتقاد استحقاق الغير وإيجاد العمل لاستحقاقه

الأجرة، فانتهاكه من قبل نفسه كما لا يخفى.

فتلخص مما ذكرنا: أنه لا يثبت المدرك للقاعدة المذكورة على كليتها بهذه الأدلة، نعم يمكن التمسك لإثبات المدرك في أقسام المنافع مطلقاً، مستوفاة وغير مستوفاة، تالفة أو متلفة، بانضمام ما يظهر من الحلي رحمته الله في «السرائر» من الإجماع حيث قال: إن البيع الفاسد يجري، عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان<sup>(١)</sup>، وكذا في موضع آخر من نسبه إلى أصحابنا، إلى ما ادّعاء العلامة رحمته الله من الإجماع على ما حكي عن التذكرة «أن منافع العبد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء تلفها بأن استعملها، أو فأتت تحت يده بأن بقيت في يده مدة لا يستعملها، عند علمائنا أجمع»، ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد كل من قبض بالعقد الفاسد، لأنها ليست اليد حقة، وكذا حكي عن الحلي رحمته الله في «السرائر» في آخر باب الإجارة من الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائتة، فإذا انضم إلى ما ادّعاء أولاً من الإجماع يثبت به المدرك كلية لإثبات الضمان في أقسام المنافع.

فتلخص من جميع ما ذكرناه ثبوت المدرك لجميع الأقسام، إلا في صورة العمل على نحو الكلية، ويكفي في ثبوته بالنسبة إلى الأعمال مطلقاً حديث، اليد وبالنسبة إلى المنافع الإجماعات المنقولة، مؤيدة بتسليمهم للقاعدة المذكورة.

وأما المدرك للضمان بالنسبة إلى الأعمال فاثباته مشكّل، إذ غاية ما يمكن التمسك به للمدركية بالنسبة إليه ليس إلا قوله تعالى: «وَلَكُمْ فِي الْخُرْمَاتِ قِصَاصٌ»<sup>(٢)</sup> بناءً على شمولها للأعمال، وقد عرفت ما فيه، وما يدل على نفي الضرر والإضرار فقد عرفت ما فيه أيضاً من أنه مختص بما إذا استند الإضرار إلى المستأجر

١ - كتاب السرائر: ٢/ ٤٨٨.

٢ - البقرة: آية ١٩٤.

كما لو كان بأمره، وأما لو كان منشأ التزامه بإيجاد العمل لأجل استحقاق الأجرة، وزعمه استحقاق المستأجر للعمل أو لإرادة التشريع، مع علمه بفساد الإجارة فليس الإضرار من فعل المستأجر حتى يضمنه، بل من نفس الأجير إذ بعد حكم الشارع بفساد الإجارة وعدم استحقاق المستأجر للعمل صير الأجير عمله غير المحترم فجعله هباءً منثوراً، ومعلوم أن ما يصلح لجعله مدركاً للقاعدة لا بد أن يكون شيئاً يثبت الضمان مطلقاً، ولو في صورة علم المتعاقدين بفساد المعاملة وأوجدها تشريعاً، ولأجل ما ذكرنا من عدم دلالة إلا في صورة صحته إلى البائع لم يتمسك به العلماء في إثبات الضمان عند تلف العين، إذ لو تم دلالة لكان مدركاً للحكم في الأعيان والمنافع أيضاً، مع أنه لم يتمسكوا بهما فيه، فهذا كاشف عن عدم نهوضه له، مع ظهور عدم صدقه في بعض الموارد، كما لو سلم البائع سلعته للمشتري بزعمه استحقاقه، أو بإرادته التشريع في بيعه مع علمه بفساده وأخذه باعتقاداتها أو بإرادته التشريع، ولكن لم يمنع البائع من التصرف فيه وكان بحيث لو أرادها البائع لسلّمها إليه، ولكن عدم التسليم لعدم استرداده فحينئذ لا يصدق عليه أنه أضربه في صورة التلف والإتلاف بل البائع أضرب على نفسه بعد الاسترداد لجهله أو إرادته التشريع، نعم لو استردّ وأبى المشتري عن الرد لا يبعد القول بشموله له، مع أنه في كلا الموردین يُحكم بالضمان، ويصدق عليها في كليهما أنه مقبوضة بالعقد الفاسد.

ومن هذا يُعلم أن المدرك فيها ليس ما يدلّ على نفي الضرر، فعلم أنه ليس للحكم المذكور بالنسبة إلى الأعمال مدرك بحيث تطمئن به النفس، فالحكم بالضمان فيها مشكّل، ولكن مخالفة إطلاقات الأعمال وعموم قاعدتهم أشكل، فالتوقف مجال، والله أعلم بحقيقة الحال.

هذا تمام الكلام في أصل القضية.

وأما الكلام في عكسها: أعني «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده». إطلاق العكس عليها ليس على طبق ما هو المصطلح عند أهل الميزان من جعل المحمول موضوعاً وبالعكس، بل مسامحة في التعبير، ولذا عبر بعضهم عنها بفهوم القضية، وقد عرفت معنى الضمان من أنه عبارة عن الخسارة في ماله الأصلي، وأنه في كلتا القضيتين بمعنى واحد، فليعلم أولاً أن العقد الذي لا يوجب صحته الضمان: أما من قبيل التملك كالهبة،

أو الإstimانات كالوكالة والرهن والعارية إلى غير ذلك.

فلا بد من بيان المدرك لكلا القسمين، ثم التكلم في الاطراد وعدمه.

فنقول مستعيناً بالله: إن مبنى القاعدة على ما يستفاد من كلام الشيخ رحمته الله في «المبسوط» هي الأولوية وحاصلها أن الرهن وأمثاله لا يضمن بصحيحه فكيف يضمن بفاسده وهذه العبارة أعني ما استفيد من عبارة الشيخ رحمته الله لها احتمالان:

أحدهما: أن يراد بكلمة كيف التعجب.

ثانيهما: أن يراد به الأولوية، وهي أيضاً على قسمين:

أحدهما: أن يكون المراد من الأولوية بالنسبة إلى صحيح تلك العقود التي ليس في فاسدها ضمان.

ثانيهما: أن يلاحظ بالنسبة إلى العقود الفاسدة التي في صحيحها ضمان.

بيان ذلك: أنه يمكن أن يكون مراده رحمته الله أن عدم الضمان في الصحيح كاشف عن عدم تحقق علته في تلك الموارد، لأن علته أما الإقدام، وأما حكم الشارع بالضمان في ذلك العقد، وبعد علمنا بأن صحيحه غير مضمن تعلم بأن علة الضمان أعني الإقدام والحكم بالضمان في ذلك المورد منتفية، فعلى هذا كيف يتحقق الضمان في الفاسد الذي هو مثله في انتفاء كلا الأمرين اللذين هما سبب الضمان، فيكون من الحكم بالضمان مع انتفاء علته، وليس في مقام بيان الأولوية بل الأولوية على هذا إذ انتفاء الضمان في

كليهما مستندٌ إلى انتفاء العلة، وليس الانتفاء في أحدهما أولى من الآخر بل كلاهما في عرض واحد.

ويمكن أن يكون مراده ﷺ: أن الصحيح الذي يمكن أن يتحقق بسببه الضمان بامضاء وحكمه بسببته له مع فقد الإقدام، لو لم يكن مضمناً كيف يضمن الفاسد الذي ليس السبب فيه الإقدام المفروض انتفائه، إذ العقد الفاسد بمنزلة العدم في نظر الشارع، فليس مضمناً من هذه الجهة، فني الضمان من الفاسد في صورة انتفاء الإقدام أولى من نفيه في صورة الصحيح، لأنحصار سببية الإقدام فيه دون الصحيح، لا يمكن تحقق سبب آخر فيه له، فني الضمان فيه يدل على نفيه في الفاسد بطريق أولى، وهذا هو الأولوية بالنسبة إلى صحيح ذلك العقد.

فظهر مما ذكرنا أنه كلما ثبت الضمان في الفاسد، لا محالة يثبت في الصحيح، لأنحصار سببه في الفاسد بالإقدام، وهو في صحيحه أيضاً محقق من غير عكس كلياً، يعني يجوز أن يتحقق في الصحيح دون الفاسد لكونه مسبباً عن إمضاء الشارع، فحينئذ نقول عدم الضمان لفاسد لا يضمن لصحيحه أولى من عدم الضمان في هذا القسم الفاسد الذي يضمن بصحيحه، وهذا هو الأولوية بالقياس إلى فاسد عقد صحيحه مضمّن، فعنى العبارة على هذا التوجيه أن الرهن وأمثاله التي لا يضمن لصحيحه لانتفاء كلا السببين فيها أولى بعدم مضمنية فاسده من عدم مضمنية فاسد عقد يكون صحيحه مضمناً، لامضاء الشارع وجعله سبباً للضمان.

وجه الأولوية: أنه يصدق على هذا القسم أنه لو كان صحيحاً لكان مضمناً، وهذه الشرطية أيضاً في القسم الأول.

فهذه احتمالات ثلاثة في هذه العبارة، ولكن أعد لها وأظهرها أوسطها. ويرد عليه: أنه يجوز أن يكون الضمان من آثار اليد والتصرف في مال الغير، لا من آثار العقد ولا الإقدام إن لم نقل بأن السبب منحصر فيها، فحينئذ كون العقد لغواً أو مؤثراً لا ربط له في الحكم بالضمان وعدمه، إذ من الجائز أن يكون صحة

الرهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثرة في دفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين وتكون يدهما عليهما يداً لعدوان، فلا أولوية كما لا يخفى.

فتبين أن ما ذكره الشيخ رحمته لا يصلح للمدركة، فلا بد من بيان مدرك صحيح للقاعدة.

فنقول: إن الأصل الأولي في كل عين هو الضمان بمقتضى قاعدة اليد، فلا بد من بيان المخرج عن تحت تلك الكلية في الموجود بالعقود الفاسدة التي لا يوجب صحيحها الضمان، والدليل المخرج ليس إلا ما يخرج به المقبوض بصاح تلك العقود، وهو في غير التمليكات أعني الاستيانات عموم ما يدل على أن من لم يضمنه المالك عند تلف العين - سواء سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه لحفظه كالوديعة، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه كالإجارة، أو العمل فيه بلا أجر، أو معها كالصياغة وغير ذلك - فهو غير ضامن. فالدليل المخصص لقاعدة الضمان فيها عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه، وهذه الفقرة ظاهرة في أنه لا يجوز لأحد أن يتهم من استأمنه حين يدعي التلف باسناد التفريط إليه واتلافه العين وكذبه في دعواه التلف بتضمينه وتغريمه، وهو مصدق في ادعائه التلف، ومعلوم أن دعوى الإتلاف لأجل أن الإتلاف مضمّن وأن التلف ليس كذلك، وإلا فلا داعي إلى هذه الدعوى، فلو كان التلف أيضاً مضمناً لما احتاج إلى الاتهام، والظاهر أن النهي ليس لبيان مجرد الحكم التكليفي، بل لبيان النهي عن إسناد ما هو سبب للضمان، أعني الإتلاف إلى الأمين، فلو كان التلف أيضاً مضمناً لكان النهي عن الاتهام نهياً عن السبب الخاص، وهو غير نافع فيما ساع له الكلام.

وهذا الاستدلال إنما يتم لو كان المراد من الاتهام إسناد الإتلاف وتفريط العين إليه، وأما لو كان المراد نهيه عن تكذيبه بادعاء وجود العين حين ادعائه تلفه فلا ينفع، لأنه يدل حينئذ على أنه لا يجوز تكذيبه ومطالبة العين أو بدل الموجود، وأما

نفي المطالبة رأساً ولو بضمّانه فلا يدلّ عليه، إذ غاية ما يستفاد منه حينئذٍ أنه لا يجوز إجباره في أخذ العين أو بدل الموجود، بل يجب تصديقه في دعوى التّلف، وأمّا أنه لا يترتب عليه الضّمان فلا يدلّ عليه.

ولا يتوهم: أنه لو لم ينفي الضّمان بالتّلف لما احتاج إلى الاتّهام لثبوت الضّمان بنفس التّلف، لأنّ الغرض قد يتعلّق باسترداد العين مثلاً، وبهذا ينفي تسليطه على مطالبة العين بعد ادّعاء التّلف.

ولكنّ ظاهره هو الوجه الأوّل، خصوصاً بعد ملاحظة بعض المتامات المصّرحة بنفي الضّمان في صورة التّلف وثبوتها في صورة الإتلاف، ولا يخفى عليك أنّ مورد القاعدة السّالبة هو صورة التّلف، وأمّا صورة الإتلاف فليس من مواردّها، لأنّ في صحيح العقود أيضاً فيها ضمان في هذه الصّورة، لورود دليل الإتلاف على الدّليل المخصّص.

وبالجملة: أنّ الحكم بعدم الضّمان في الاستيانات ممّا لا شبهة فيه، والأخبار به متكاثرة متظافرة جداً، بحيث صار من القواعد المسلّمة عندهم حتّى لا ينكره أحد، ويستدلّون على نفي البأس بأنّه أمين، وهذه العلّة مستفادة من تلك الأخبار المتكاثرة.

ولا يذهب عليك أنّ المراد بالأمين في هذه الأبواب ليس هو الأمين الشرعي، أعني الثّقة والعدل، بل المراد منه من وكّلت أمرك إليه وسلّطته على مالك، فالاستيانات عبارة عن اتّكال الأمر إلى الغير وتسليطه على ما أعطيته به، ومن هذه قوله عليه السلام «لا تستأمن الخائن»<sup>(١)</sup> يعني لا تُسلّطه على شيء ممّا يتعلّق بك، ولا ينافيها ورود دليل على ثبوت الضّمان في بعض أفرادها لكونها من القواعد المستفادة من الأدلّة اللفظيّة قابلة للتّخصيص، وليست علّة عقليّة غير قابلة له. نعم لو ورد

١ - بحار الأنوار: ١٩٤/٧٥٧ وفيه: (لا تأمن الخائن)، وسائل الشيعة: ج ١٠، ب ٩، ص ٨٧، وفيه (لا تأمن الخائن).

تخصيص في موردٍ يكشف عن أنّ عليّتها لنفي البأس في غير هذا المورد، ولا يوجب رفع اليد عنها رأساً، وذلك نظير ما لو قال: «لا تأكل الرّمان لأنّه حامض» فيقتضي عموم العلة النّهي عن كلّ ما فيه حموضة، فلو ورد دليل آخر على جواز الأكل للحامض الكذائي يُفهم منه أنّ علة النّهي هي الحموضة المقيّدة بعدم كونها هذا الحامض، ولا يوجب هذا التّخصيص رفع اليد عن عموم العام كليّة، إذ لو بنينا على ذلك لما تمكّنا من التمسك بعموم علة مصرّحة، إذ ما منها إلّا وهي مخصّصة بدليل آخر.

فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الحكم بعدم الضّمان على الأمين في الإستيانات بعد ملاحظة الإجماع، وكونها من القواعد المسلّمة، وهذه الأخبار المتكاثرة، ممّا لا مجال للتأمّل فيه.

نعم بقي هنا إشكالان:

أحدهما: أنّه هل يتحقّق الاستيانات بفساد تلك العقود، كما أنّه يتحقّق في صحيحها، أم هو ملازمٌ للاستحقاق الشرعي بحيث لا يوجد في الفاسد؟ ولكنّك بعدما عرفت من أنّ الاستيانات في هذه الموارد عبارة عن تسليط الغير على العين واتّكالها إليه - وهذا هو المناط في الحكم - وليس لها معنى شرعي، علمت أنّ هذا المناط متحقّق في ضمن الفاسد أيضاً، وأنّها في هذا المعنى على حدّ سواء، لا يبق لهذا الإشكال مجال.

ثانيهما: أنّه قد يكون في بعض المصاديق من تلك العقود الفاسدة - كبعض أقسام الإجارة الفاسدة - إعطاء المؤجر للعين المستأجرة، لاعتقاد استحقاق المستأجر انتفاعها، بحيث لو علم فساد الإجارة لم يعطيها، فيكون استيانه عليه لاعتقاد الاستحقاق، فهل الاستيانه في صورة تخلف الاعتقاد متحقّق أم لا بل هي مشروطة بالاستحقاق، فكأنّه قال «سلّطتك عليها إن كنت مستحقّاً»؟



وبعبارة أخرى: اعتقاد الاستحقاق هل هو من مشخّصات الموضوع، فهو بمنزلة سلّط المستحقّ واستأمنته، أم هو من دواعي الاستيمان فكأنّه قال «سلّطتك يا فلان لأجل استحقاقك انتفاعها»؟

فلو كان من قبيل الأوّل يُشكل الحكم بعدم الضّمان، لإنفاء المدرك فيه، فيكون هذا نقضاً للقاعدة المذكورة.

والظاهر أنّ مجرد إمكان كونه من هذا القبيل يكفي في انتقاض القاعدة به على فرض الوقوع.

وأما الحكم بعدم الضّمان في التّمليكات التي لا ضمان بصحيحها كالهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال عليها بفحوى ما دلّ على خروج صورة الإstimان، فإنّ إstimان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التّسليط المطلق عليه بجّاناً عدم ضمانه بطريق أولى، والتّقيّد بالمجانبة لخروج التّسلّط المطلق بالعوض كما في المعاوضات، فإنّه عين التّضمن، والأولوية المدّعاة في المقام:

أمّا أنّها بالنسبة إلى مدرك الحكم الشرعي ومناطه، حيث أنّ المناط في عدم الضّمان في الاستيانات دفع المالك ملكه إلى المستأمن على وجه لا يضمنه، وهذا المناط تحقّقه في المثبّب أكد من تحقّقه في المستأمن، لأنّ الواهب انقطعت علقته عن ملكه وسلطنته على نحو الاستقلال، بخلافه في المستأمن لعدم انقطاع العلقه فيه رأساً.

وأما أن يلاحظ بالنسبة إلى الحكم الشرعي فيقال إنّ الحكم الشرعي بعدم الضّمان في ما ملكه المالك وانقطعت علقته عنه، مع تجويزه للأخذ اتلافه وصرفه حيث شاء، أكد وأقوى فيما لم تنقطع علقته ولم يصدر عنه إلّا مجرد التّسليط عليه لا عن تضمين من غير تعدّد وتفريط، وبعد ما علمنا أنّ المناط في الحكم مجرد التّسليط على هذا الوجه، لا يخفى أنّه في التّمليكات أقوى، لأنّ التّسليط فيه مطلق بحيث لا يبق للمالك تسلّط أصلاً على زعمه لو لم يعلم فساده، وهذا موجب لأولوية حكم

الشارع فيها بعدم الضمان<sup>(١)</sup>.

وقد يستشكل: بأنه يمكن أن يكون التسليط ورفع العلقه في نظر المملك معلّقاً على فرض التأثير شرعاً وصيرورته ملكاً، وإن كان بحسب الظاهر مطلقاً، إلاّ أنّه في الواقع مقيّد، فحينئذٍ إجراء الأولويّة ممنوعٌ لكونها مقيّدة على فرض حصول الملك، وبدونه لم يرفع العلقه حتّى يثبت الحكم بالأولويّة.

ويدفعه: بأنّ المناط دفع الملك إليه وأخذه لا بعنوان التّضمن، وهذا المعنى موجود بالنّسبة إليه قطعاً وإرادته بقاء العلقه على تقدير عدم التأثير لا تضرّ في الحكم المذكور بعد تحقّق المناط.

والفرق بين هذا الإشكال وسابقه: أنّ الشكّ فيه في أصل رفع العلقه وإرادة التّملك مطلقاً، ولو على فرض الفساد، ولكنه في الأوّل في أنّ عنوان المستحقّية من مشخّصات الموضوع أو من الدّواعي، وبعد القطع يتحقّق الاستيمان، ولكنّ الشكّ في تعلّقه بالنّسبة إلى هذا الشّخص من حيث هو لا من حيث أنّه من أفراد المستحقّ، ولهذا يذبّ عن الإشكال الأخير بأنّ مناط الحكم أعني دفع الملك إليه وتسليطه عليه من غير تضمين متحقّق بالنّسبة إلى هذا الشّخص الخاصّ، سواء قصد ملكيّته مطلقاً أو على فرض إمضاء الشارع، ولا يمكن دفع الإشكال الأوّل بأنّ الاستيمان بالنّسبة إلى هذا الشّخص الخاص بعد فرض الشكّ في كونه كذلك كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في مدرك القاعدتين.

ولكن ينتقض طرد أصل القضية بمثل قولك «بعتك بلا ثمن» و«آجرتك بلا أجره» على قول من قال بعدم الضّمان كالشّهيدين عليه السلام في الأخير، حيث أنّ صحيحها ممّا يضمن به ولا يضمن بفاسده على هذا القول، وقد عرفت أنّ إرادة خصوص أفراد العقود منها وتأويل كونه مضمناً على فرض الصحة خلاف ظاهر القضية،

١ - ولا يخفى أنّ مرجع الأولويّة في الحكم، إلى الأولويّة في المناط، فتعدّده بمجرد الإعتبار وصرف الملاحظة. (منه رحمه الله).

بقرينة قوله (بصحيحه) و(بفاسده) لظهورهما في تحقّقهما فيه بالفعل، فلا بدّ من إرادة الصنف لو وجد فيهما القسمان وإلاّ فالتّوَع، وحينئذٍ فيردّ التّفصّ عليها، وهذا ممّا لا إشكال فيه، وأنما الإشكال في مقامين:

أحدهما: في تصوير معنى هذا الكلام أعني قولك «بتك بلا ثمن».

والآخر: في حكمه.

أمّا الكلام في المقام الأوّل فنقول: إنّ المتكلّم بهذا الكلام:

تارة: يريد التّملك المجاني ويؤدّي مقصوده بهذا الكلام.

وأخرى: أنّه لا يريد إلّا إيجاد مدلول هذا الكلام وإنشائه.

وأمّا الأوّل: فهو خارج عن محلّ كلامهم، إذ هو ليس بيعاً فاسداً، بل هو أمّا هبة صحيحة، لو لم نقل باعتبار خصوص اللفظ فيها، وأمّا هبة فاسدة لو قلنا باعتبار لفظ خاصّ فيه، إذ التّملك المجاني هو غاية الأمر أداها بهذه العبارة، والتّعبير عنه بالبيع الفاسد ليس على ما ينبغي، فالقول بأنّ مبنى القول بعدم الضمان جعل الجزء الأخير من الكلام، أعني قولنا بلا أجره وبلا ثمن قرينةً لصرف الجزء الأوّل منه وتجريده عن اعتبار العوض والأجرة، فيكون الأوّل هبةً والثاني عارية، وكذا القول بأنّ مبنى القول بالضمان الأخذ بظهور الجزء الأوّل في إرادة العوض والأجرة وظهوره في الإقدام على وجه التّضمن، أجنبيٌّ عن محلّ الكلام، إذ ليس محطّ نظرهم إثبات الظّهور لهذا الكلام، وإنّ في أيّ من المعنيين أظهر حتّى يقال إنّ الثاني قرينة لصرف الظّهور أو بالعكس، بل المراد أنّه لو أريد بهذا اللفظ إنشاء البيع والإجارة ولو بقرينة يستفاد من الخارج بحيث دلّت على أنّ المراد من اللفظ معناه الحقيقي، وليس أحدهما قرينة لصرف الآخر، ولا يراد منه مطلق التّملك والتّسليط على الانتفاع حتّى يكون مجازاً فهل يترتّب على المقبوض به الضمان أم لا، لإقدام المالك من غير تضمين.

ولا يتوهم: أنّ إرادة إنشاء المعنى الحقيقي موجب لاجتماع المتناقضين، حيث

أنّ البيع هو التّملك بالعوض، فإنّ إرادة تحقّقه مع قوله بلا عوضٍ متناقضان، فلا تجتمع إرادتهما.

مدفوعٌ: بأنّ المتناقضين نفس تحقّقهما في الخارج، وأمّا إرادة تحقّق المتناقضين فليس متناقضاً ولا محالاً، ولا إنشائه باللفظ أيضاً كذلك.

نعم، تحقّق مصداقه في الخارج ممتنعٌ، فإنشائه لا يترتب عليه مدلول لفظي، أعني ثبوت ما أنشأ باللفظ، لاستلزامه كون التّملك الخارجي مع العوض وبلا عوض.

وإن شئت مزيد توضيح لذلك فلاحظ نفسك هل ترى امتناعاً في إنشاء ما تتصوّره في صورة الأخبار، وعند البحث عن حاله بلفظ ما يتصوّره، ومن البين خلافه، فليس الامتناع إلّا في تحقّقه الخارجي، فافهم وتأمّل فإنّ المقام لا يخلو عن دقّة.

### أمّا الكلام في المقام الثّاني:

أعني في البحث عن حكمه فنقول إنّ الأقوى فيه الضّمان لقاعدة اليد. وأمّا ما يتوهم: من كونه مخصّصاً لقاعدة اليد من إقدامه لا على وجه التّضمن. ففيه: إنّ هذا العقد ليس إقداماً على التّملك المجاني، بل هو إقدامٌ على أمر ممتنع التحقّق في الخارج، فالتصرّف في المال ليس جرياً على مقتضى مدلول اللفظ حتّى يكون بمقتضى إنشاء المالك، بل أكلٌ للمال بالباطل.

نعم لو علمنا أنّ المراد تملكه مجاناً ولو بادّعاء ظهور اللفظ فيه، فالأقوى فيه عدم الضّمان لدخوله في الهبة الفاسدة حينئذٍ بهذا اللفظ لو لم نقل بصحّتها، ويندرج حينئذٍ تحت عكس القضية، وقد عرفت أنّ هذا الفرض خارجٌ عن محلّ البحث وما هو منه، فالحكم بثبوت الضّمان قوياً لقاعدة اليد.

ولكن يُشكل تعميم الحكم حتّى بالنسبة إلى الإجارة في الأعمال، لانحصار

المدرک فیہا فی قاعدة الاحترام لو تمّ، وقاعدة الضرر، مع أنّه یکن أن یقال إنّ انتهاک حرمة عمله من قبل نفسه لا من جانب المستأجر، فافهم.

وقد یرد النقض فی عکس القضية بما أوضحنا لك، كما لو سلّطه علی العین بزعم استحقاقه منفعتها، وكان بانياً علی تسلیط المستحق واستیئانه، بحیث كان هذا العنوان من مشخّصات الموضوع، فقد عرفت أنّ الأقوی حیثُ ثبوت الضمان، خصوصاً مع علم الآخذ بعدم استحقاقه، مع أنّه لا یضمن بصحیحه، هذا.

ثمّ أنّه قد تبیّن أنّ تلك العقود الّتی لا یضمن بصحیحتها لا یضمن بفاسدها، فلیلاحظ أنّ هذا الحكم أعنی عدم الضمان هل هو مختصّ بصورة حياة المالك الأولی الّذی تحقّق الاستیان والتّمليك المجّانی من قبله، أو هو ثابت مطلقاً بالنسبة إلى هذا المال، ولو بعد موت المالك، وانتقال العین إلى وارثه، لاستصحاب الحكم وقاعدة الید بالنسبة إلى هذا الشخص الخاصّ، فلا یتمسّك بها بعد ذلك لإثبات الضمان بالنسبة إليه، فكما لا یضمن بصحیحتها مطلقاً كذا لا یضمن بفاسدها أيضاً مطلقاً؟ وجهان: أقواهما ثبوت الضمان، لأنّ إجراء الاستصحاب فرع بقاء الموضوع، إذ من المعلوم اعتبار قید الأمانة فی الموضوع لكونها مناطاً للحکم وهي متفتية بالنسبة إلى الوارث.

وتوهم: خروجه عن تحت القاعدة.

مدفوع: بأنّ موضوع التخصّص كونه أميناً، ومن المعلوم عدم اندراجہ فیہ بعد خروجه عن الأمانة، إذ هي فی قوّة قولك (على الآخذ ما أخذ إلا من استأمنه المالك)، وهذا الشخص الخاص بعد موت المالك وانتقال الملك إلى الوارث ليس ممّن استأمنه من هو مالك فعلاً، واستیان من كان مالکاً قبل انتقال الملك لا یورث رفع الضمان فیما بعد الانتقال، لأنّ اذنه واستیئانه بالنسبة إلى هذا الوقت كالعدم، وذلك كما لو أذن فی التصرّف فی عین ثم باعه بالآخر، ومعلوم أنّ تصرّفه فیہ بعد البیع تصرّف

في مال الغير بغير اذن مالكة<sup>(١)</sup>.

وقد أورد النقص بموارد<sup>(٢)</sup>:

منها: «الصَّيد الذي استعاره المُخْرَم من المُحِلّ بناء على فساد العارية، فإنّهم حكموا بضمان المُخْرَم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشَّهيد الثَّاني في الضَّمان على تقدير الصِّحة والفساد، إذ صحيح العارية لا ضمان عليها ففاسدها أيضاً كذلك»<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يقال: وجهاً للضَّمان أنّ تصرّف المُخْرَم فيه وامساكه في يده موجب لخروجه عن ملك المُحِلّ، فهو في الحقيقة أقدام على التَّلَف، لا لأنّه بعد الإمساك لما يجب عليه الإرسال فيستقرّ قيمته في عهده حتّى يقال إنّهُ لو كان للإرسال مقدّمات كالخروج عن البلد لا اعتياده في المعاودة إلى دار مالكة، فلو تلف قبل تحصيل المقدّمات لا ينجز الأمر بالإرسال حتّى تستقرّ القيمة، أو لوجوب تقديم حقّ الناس على حقّ الله والمصارعة إلى الرَّد، لعدم جواز التصرّف، فتأخيره تفريطٌ في حقّه حتّى يقال إنّ بعد الإمساك لا يثبت الضَّمان بعد استيذان المالك واذنه في التصرّف، غاية الأمر أنّه ارتكب محرّماً بالإمساك، بل للبناء على أنّه بعد نهى الشَّارع عن التصرّف فيه وعدم ملكيّته له، أنّ تصرّفه فيه موجبٌ لصيرورته غير مملوك، وخروجه عن ملك المُحِلّ، فنفس العقد والإقدام على التصرّف أقدامٌ على الإتلاف، وتلفه بعد الإمساك إنّما يكون بعد اخراجه عن ملكه واستقرار القيمة على

١ - ولا ينافي هذا عدم الضَّمان في تلف العين المستأجرة في الإجارة الصحيحة بعد موت الموجر وانتقالها إلى الوارث، إذ بعد استحقاقه لمنفعتها يجب على الوارث أمّا استيذانه أو المواظبة عليها على نحو لا ينافي حقّه، وترك المواظبة كاشف عن الاستيذان، فتأمّل (منه قدّس سره).

٢ - ولا يخفى أنّ ما ذكرنا لا ينافي كلّية القاعدة وعمومها، إذ يكفي فيها إثبات عدم الضَّمان في أفراد تلك العقود في الجملة. (منه رحمه الله).

٣ - كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٢٥.

عهده، وعلى هذا لا يُنتقض به القاعدة إذ قد عرفت أن صورة الإتلاف خارجة عن قاعدة ما لا يُضمن، غاية الأمر أن هذا النوع من الإتلاف غير متحقق في العارية الصحيحة، فافهم.

ومنها: النقض بالشركة الفاسدة بناء على عدم جواز التصرف بها، فأخذ المال بها عدواناً موجب للضمان.

وهذا ممّا ذكره شيخ مشايخنا في مكاسبه، وهو بظاهره غير مستقيم إذ المراد بالشركة هنا هي الشركة لعينان، المصطلح التي يحتاج إلى عقد ويحصل باختيار المالكين ويتوقف على الصحة، لا مطلق امتزاج المالكين ولو قهراً، إذ هذه غير متصفة بالصحة والفساد. وحينئذ نقول هذه الشركة إما أن يكون عقدها كافياً في حصول الإذن وجواز التصرف، بمعنى أنه مستفاد من نفس العقد، أو لا بدّ في جواز التصرف من تحقق الإذن في الخارج بعد العقد، بمعنى أن العقد لا يفيد إلا إشاعة مال كلّ من المالكين في المجموع، فلا بدّ في جواز التصرف من حصول إذن خارج عن نفس العقد.

فحينئذ نقول: إنّه لو قلنا بعدم كفاية جواز التصرف واحتياج التصرف إلى الإذن الخارجي، فعلى فرض انتفاء الإذن يضمن بصحيحه أيضاً كما يضمن بفساده، لأنّه تصرف في مال الغير من غير إذن المالك، وعلى فرض ثبوته لا يضمن بفساده أيضاً كما لا يضمن بصحيحه، لأنّ تصرفه في المال في إذن المالك واستينانه، ولو قلنا بكفايته في جواز التصرف ما لم يصرّح بخلافه لكونه استيناناً من قبل الشريك وأنه أمين لا يترتب عليه الضمان، فهذا المناط في فاسده أيضاً محقق إذ يصير حينئذ مال الشركة كالعين المستأجرة وغيرها ممّا قبض بالعقود الفاسدة التي لا يضمن بصحيحها فلا يضمن بفسادها أيضاً لكونه أميناً من قبل الشريك.

ولا يتوهم: أن الاستينان إنما تحقق بالنسبة إلى الشريك بحيث يكون العنوان من مشخصات الموضوع، وبعدما فرضنا من فساد الشركة وعدم امضاء الشارع لها

فلا يكون استينانٌ لانتفاء الموضوع، لأنَّ مقتضى ذلك أن لا يبقى لقاعدة العكس مورد لجريه في جميع الموارد، كما أوردنا نقضاً على القاعدة في الإجارة الفاسدة على فرض كون الاستحقاق من مشخّصات الموضوع، فتخصيص النّقص بذلك وجعل العنوان من مشخّصات الموضوع مطلقاً ممّا لا وجه له.

نعم النّقص لو ثبت القول بالضّمان على فرض فساد عقد الشّركة، فلا بدّ من ملاحظة فتاوى العلماء (رضوان الله عليهم) في المسألة حتّى يظهر ورود النّقص وعدمه، وأمّا بمقتضى القواعد فلا يتمّ، لما عرفت، ولكن ظاهر كلام الشيخ رحمه الله الجري بمقتضى القواعد، حيث لم يستند القول بالضّمان إلى أحدٍ من العلماء، بل قال بناء على عدم جواز التصرّف بها يكون أخذ المال بها عدواناً فهو موجب للضّمان، وحينئذٍ نقول إنّ عدم جواز التصرّف بها مبنيّ على أن لا تكون الشّركة استيناناً وكافية في الاذن، وعلى هذا الفرض يضمن بصحيحه أيضاً على فرض انتفاء الاذن، كما أنّه على فرض تحقّقه لا يضمن بفاسده أيضاً، فافهم.

#### تنبيهان:

الأوّل: إنّ تلك القاعدة السّالبة بعمومها مقتضية لعدم الضّمان في كلّ عقد لا يضمن بصحيحه، مع أنّه لا ريب في ثبوت الضّمان في فاسد تلك العقود لو كان الفساد مسبباً عن عدم قابليّة المالك للتصرّف في المال، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً أو غير ذلك، وهذا بظاهره ينافي عموم القضية، فلا بدّ من التصرّف في ظاهرها وصرفها إلى مورد لا ينافي عموم خروج تلك الموارد، وإثبات الضّمان فيها بتقييدها على نحو لا ينافي ذلك، ومعلوم أنّه ليس في لفظ القضية ما يصلح لذلك، فلا بدّ من استفادة من قرينة خارجة عن اللفظ.

فنقول: إنّ فساد المعاملة أمّا من جهة الإخلال بالآفاظ العقد على التّحو المعبر فيه من حيث اللفظ على القول باعتباره.



وأما من جهة انتفاء شرائط التأثير، مثل كون متعلّقه قابلاً للتّملك، وعدم كونه مستحقاً للغير وغير ذلك.

وأما من جهة انتفاء شرط من الشّروط المعتبرة في نفس المتعاقدين، من البلوغ والعقل وعدم الهجر وعدم الإكراه.

ولا شبهة أنّه في الصّورة الأخيرة مضمّنة، ولو لا يضمن بصحيتها، لعموم قاعدة اليد وعدم ما يصلح لكونه مخصّصاً لها.

والظاهر أنّ مرادهم من هذه القاعدة تعميمها بالنسبة إلى غير هذه الصّورة وتخصيصها بها بقرينة تعليلهم لها أصلاً وعكساً بالإقدام، ومن البين أنّ صلاحية الإقدام للعلية فرع كون الإقدام ذا حكم وتأثير.

وأما لو لم يكن كذلك فلا يصير سبباً لرفع الضّمان وتخصيص قاعدة اليد، فإقدام الصّبي والمجنون والمكره بعد حكم الشارع بكونه لغواً بمنزلة العدم لا يؤثر في رفع الضّمان، وحينئذٍ علية الإقدام لرفع الضّمان إنّما هي في غير هذه الصّورة، فيكون العلة أخصّ من ظاهر القضية، فيصير قرينةً على عدم إرادة الظّاهر، إذ قد يُخصّص الحكم لخصوص العلة كما أنّه قد يُعمّم لعمومها<sup>(١)</sup>.

وتوهّم: تخصيص القاعدة بالصّورة الأولى، وخروج الصّورتين الأخيرتين عن تحتها، بادّعاء ظهورها في كون نفس العقد من حيث هو كذلك منشأً للحكم بالصّحة والفساد، وأنّ العقد هو الإقدام.

مدفوعٌ: باستدلالهم في إثبات الضّمان للصّورة بتلك القاعدة في موارد كثيرة، وهذا يدلّ على أنّ تلك الصّورة داخلة فيما أرادوه منها، فافهم.



١ - وهذا مثل قول الطّبيب (لا تأكل الرّمان لأنّه حامض) فيخصّص الحكم بالأفراد الحامضة، كما أنّه يعمّم بالنسبة إلى جميع الحموضات. (منه رحمه الله)

إنَّ من جملة العقود التي لا يُضمن بصحيحها العارية الغير المضمونة، فهل يشملها تلك القاعدة فيما لو استعير من الغاصب أم لا؟

فنقول وبالله الاستعانة: ذكر المحقق رحمته الله في «الشرايع»: «ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان قرار الضمان على الغاصب، وإن كان للمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع إلى الغاصب، لأنَّه أذن له في استيفائها بغير عوضٍ. والوجه تعلُّق الضمان بالغاصب حسب، وأما لو كان عالماً كان ضامناً ولم يرجع على الغاصب بشيء»<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

وحُكي عن «المسالك» إنكاره على المحقق رحمته الله الحكم بعدم الضمان، مع أنَّ مقتضى إصراره على هذه القاعدة موافقته في الحكم.

ويظهر من صاحب «الجواهر» رحمته الله أنَّ قرار الضمان على المستعير مطلقاً، لأنَّ استقرار الضمان على من تلف في يده، ولكنَّه لو كان جاهلاً يرجع إلى المعير لغروره، فلو رجع المالك إلى المعير كان له الرجوع إلى المستعير لكون التلّف في يده، ولذلك صرّح في آخر كلامه حيث قال: «وبذلك اتّضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذي الأيدي المتعاقبة دونه، إلّا إذا كان مغروراً، فإنَّه بقاعدة الغرور يستحقّ الرجوع ممّا يغرمه على من غرّه، وبذلك اتّضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه دونه، وكذا الجاهل بالقيمة إذا كانت العين مضمونة، إذ المسألة فردٌّ من أفراد مسألة تعاقب الأيدي»<sup>(٢)</sup> انتهى كلامه.

وحُكي عن تذكرة الفاضل رحمته الله في ترتيب ذكره من أنّه: «لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضمّن واستقرّ الضمان عليه، لأنَّ التلّف حصل في يده، ولا يرجع على المُعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير» انتهى.

١ - شرائع الإسلام: ١٣٦/٢.

٢ - جواهر الكلام: ١٦٨/٢٧.

وحُكي عن «المسالك» حاكياً عنها وعن «القواعد» في مسألة المستعير، من المستعير من إطلاق الإشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع عليها مطلقاً، وفي رجوع المُعير على المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك.

إذا عرفت هذه الأقوال.

فنقول: إنَّ هنا قواعد ثلاث:

أحدها: قاعدة ما لا يُضمن.

والأخرى: قاعدة الغرور.

والثالثة: قاعدة استقرار الضمان على يد من تلف في يده.

أما القاعدة الأولى: فهي بظاهرها وإن دلت على عدم قرار الضمان على المستعير أصلاً، فقتضاه عدم جواز الرجوع إليه مطلقاً، ولكنه لما كان مدركها الاستيان، وهو بالنسبة إلى المالك منتفٍ، حيث لم يتحقق من قبله فله الرجوع إليه، وأما بالنسبة إلى الغاصب فتتحقق، لتسليطه عليه بعنوان المجانية من غير تضمين، فليس له الرجوع إليه أصلاً لأنه أمينٌ بالنسبة إليه حيث استأمنه، وقاعدة استقرار الضمان مخصّصة بما إذا كان من تلف في يده أميناً، وقد عرفت أن المستعير ليس بمن استأمنه المالك، ولكنه بالنسبة إلى الغاصب أمينٌ، فللمالك أن يرجع إلى المستعير بمقتضى قاعدة اليد، وأن الضمان على يد من تلف في يده وإلى الغاصب لكون المسألة ممّا تعاقب عليه الأيدي، ولكنه بعد رجوعه إلى الغاصب ليس للغاصب الرجوع إلى المستعير سواء كان عالماً أو جاهلاً، لكونه أميناً من قبله، وقد عرفت تخصيص القاعدة بالأمانة، وأما لو رجع إلى المستعير فله الرجوع إلى المعير لو كان جاهلاً لقاعدة الغرور - لو سلّمنا جريانها في المقام - وأما لو كان عالماً فلا لعدم جريان القاعدة كما لا يخفى.

اعلم إنَّ من جملة العقود التي يضمن بصحيحها الحوالة والضمان، لأنَّ المال

المنتقل إلى المحوّل له والمضمون له تكون خسارته في مالهما الأصلي، لأنّ من جملة مالهما الدّين المحوّل والمضمون، وكذا القرض إن قلنا بأنّه من العقود، لأنّ أدائه وردّه يكون نقصاناً وخسارة في المال الأصلي لمن يقترض، وأمّا المكاتبة وإن كان صحيحه مضمناً حيث أنّ صحيحها موجب للخسارة في ماله الأصلي بعد صيرورته مالكا، إلا أنّ الضّمان في فاسدها غير متصوّر حيث يبقى العبد ملكاً له مع ما في يده فلا يبقى له مال حتّى تترتب عليه الخسارة.

وليعلم ثانياً: أنّ لو قلنا إنّ قضية الأصل والعكس ممّا أجمعوا عليها، لا يضرّها ما أوردناه من النقوض عليها لو أقيم عليها أدلّة خاصّة، لكونها قابلة للتّخصيص، لأنّها ليست من التعليقات حتّى لا تقبل التّخصيص، نعم لو لم يقم عليها دليل بالخصوص في موارد، ومن قال بها تمسك عليها بمقتضى القواعد، يكشف ذلك عن عدم كونها إجماعيّة في جميع موارد، وأنّ المستند فيها أدلّة آخر غير الإجماع كقاعدة اليد وقاعدة الإلتلاف وقاعدة احترام المال وغير ذلك، فلا بدّ على هذا من الإقتصار على ما ساعد عليه الأدلّة والرّجوع إلى القواعد في الموارد المشكوكة، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنّ مدرّكها الإجماع وأنها إجماعيّة، فاعلم من التّخصيص نعمل به وفي الموارد المشكوكة نحكم على طبقها، فنحكم بالضّمان فيما يترتب على صحيحه، وبعدمه فيما لا يترتب على صحيحه الضّمان.



## [وجوب فورية الرد الى المالك إذا كان مأخوذاً بعقد فاسد<sup>(١)</sup>]

ومن الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه، والمراد من الردّ إيصاله إلى مالكه، وحكي عن «جامع المقاصد» أنّ مؤونة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلّا أن تقيّد بغيرها بأدلة نفي الضرر.

واستدلّ: على وجوب الردّ بأنّ الإمساك آنأماً تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز، لقوله عجل الله فرجه «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا بأذنه»<sup>(٢)</sup>.

وفيه نظر: لأنّه لا يدلّ إلّا على عدم جواز التصرف في مال الغير. وأمّا وجوب الردّ فلا بدّ في إثباته من دليل آخر، ضرورة ثبوت الوساطة بينهما، لإمكان الكفّ عن التصرف، وعدم الحيلولة بين المالك وماله، وعدم منعه عن التصرف، واخباره بذلك، بل وأمره بالاسترداد ونقله إلى منزله من دون ردّه إليه، كما في

---

١ - كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٠.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢٤ باب ٦٣ س ٢٣٤.

الأمانات، فاثبات وجوب الردّ بايصاله إلى يده والتزامه مؤونته مشكلٌ.  
وما قيل: من أن الإمساك آنأماً تصرف في مال الغير بغير اذنه.  
ففيه: أنه إن أُريد من الإمساك، الحبس والاستيلاء عليه بحيث يمنع المالك عن التصرف فيه، فكونه تصرفاً مسلماً، ولكنه لا يثبت بحرمة وجوب الرد، لثبوت الوسطة كما عرفت.  
وإن أُريد منه ما يعمُّ مطلق النظر إليه، للحفظ عن خيانة الخائنين، وسرقة السارقين مع عدم مزاحمته للمالك عن الاستيلاء عليه ومنعه عن التصرف فيه، فكونه تصرفاً في مال الغير، ممنوعٌ.  
سلّمنا أن مطلق الإمساك ولو بهذا النحو تصرف، ولكننا نفرض إبعاده المأل عن نفسه بحيث لا يصدق عرفاً عليه أنه أمسكه بوجه أصلاً، مع تمكينه المالك عن الرجوع إليه واسترداده باخباره أن ملكه في موضع كذا.  
وبهذا ظهر عدم استقامة التمسك بخبر «لا يحلّ» بتقريب أنه يدلّ على حرمة جميع الأفعال التي منها الإمساك، فيجب ردّه ورفع، إذ بعد تسليم أن الإمساك بالمعنى المذكور أيضاً فعل بالنسبة إليه، منفي بالخبر نفرض إبعاده بحيث لا يصدق أيضاً كما عرفت. فما الذي دلّ على أن نقله إلى يده ورفع إليه واجب، حتّى يقال أن مؤونته واجبة من باب المقدّمة، ونفس الكفّ عن التصرف لا يقتضي مؤونة حتّى يقيّد الكثير منها بأدلة نفي الضرر.  
فتحصّل ممّا ذكرنا: أن الحكم بوجوب الردّ بهذا المعنى مشكلٌ.  
نعم، يجب الردّ فيها بمعنى آخر الذي أُريد من وجوب ردّ الأمانة، وهو لا يكون إلّا الإقرار بحقه وتمكينه على أخذه واسترداده، وعدم وجوبه بهذا المعنى فيها من المسلّمات عندهم، ووجوب الردّ بهذا المعنى في الغصب ليس لأجل عدم جواز التصرف في مال الغير، ولذا لم يتمسّكوا لإثبات وجوب الردّ فيه بما دلّ على ذلك، بل الدليل عليه في باب الغصب الإجماع وما ورد من أن المغصوب مردود.

نعم تمسك الشهيد رحمته الله لإثبات وجوب الرد في باب الغصب بعد الإجماع بقوله رحمته الله «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup>، وهو لو دلّ عليه في باب الغصب، لدلّ فيما نحن فيه أيضاً على وجوبه، ولكنك قد عرفت من ظهوره في الحكم الوضعي، أعني إثبات الضمان دون التكليفي، لما ذكرنا من ظهور كلمة على في إثبات الحكم الوضعي إذا استند إلى مال من الأموال، ولذا تمسكوا به في كثير من الموارد لإثبات الضمان دون الوجوب، فبه يثبت الضمان إلى زمان الاداء دون الوجوب، وهي عبارة عن الرد.

والمناقشة: بأن لفظ «الاداء» أيضاً ظاهر في التمكن على الاستيلاء عليها والتصرف فيها، باعترافه على حقه دون الإيصال كما في قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَوَدُّوا الْأَمْثَالَ إِلَى أَهْلِهَا»<sup>(٢)</sup>، وفي غير موضع مما يدل على وجوب اداء الأمانة، ليست في محلّها لا لأن الآية مسوقة لبيان أن الرد لابد أن يكون إلى الأهل لا إلى غيره، فتكون ساكتة عن حال الاداء، بل لصرفها في هذه المكاتات عن ظاهرها، وتجريدها عن الإيصال فيها للإجماع.

ودعوى: إثبات وجوب الرد بمعنى الإيصال بالاتفاق.

ممنوعة: بأن اتفاقهم على وجوب الرد لو سلم، فيحتمل أن يكون مرادهم من الرد ما أجمعوا عليه في باب الوديعة لا الرد بمعنى الإيصال، والشك يكفي في عدم الحكم بالوجوب، لعدم العلم بتحقيقه حتى في هذا المورد.

نعم يمكن التمسك لوجوب الرد بما حكي عن «السرائر» من أن المقبوض بالبيع الفاسد يجري عنه المحصلين مجرى الغصب، لو قيل بعموم المنزلة حتى في وجوب الرد وكيفية لا في مطلق الضمان.

وهذه الدعوى مشكلة، ولو بعد تسليم الإجماع أو حجّيته كما لا يخفى.

١- عوالي اللئالي: ٢ / ٣٤٥ حديث ١٠.

٢- سورة النساء: آية ٥٨.

ثمّ أنه قد يتوهم: جواز التصرف فيه مطلقاً لكونه مأذوناً فيه حيث دفعه إليه باختياره.

وفيه: إنّ الدّفع إليه أنّما هو للجري على المعاملة والتباني عليه، والرّضا الحاصل في ضمنه أنّما هو لزعمه ملكيّته، وبعد كشف الخلاف وعدم إمضاء الشارع لم يبق له رضا ولا إذن، لكونه مقيداً بانتقال العوض اليه، إذ المفروض عدم إنشاء الملكيّة المجانيّة، وكونه مالاً للمالك مأذوناً في التصرف يحتاج إلى إذن جديد.

وأما تقيّد الرّضاء بمحصول الملكيّة في الجاهل بالفساد فواضح، وفي العالم أيضاً كذلك، إذ البائع بالبيع الرّبوي رضائه بالتصرف في المبيع للتّباني على الجري على مقتضاه تشريعاً أو مسامحةً، وبعد حَجْر الشارع عن هذا التصرف وعدم امضاءه يتنفي الرّضاء وليس رضا آخر دونه.

ومن الأمور المتفرّعة على عدم ملك المقبوض بالبائع الفاسد أيضاً أنّه لو كان للعين المتباعدة منفعةً استوفاهها المشتري قبل الرّد كان عليه عوضها على المشهور، بل الظاهر ممّا تقدّم من «السّرائر» من كونه بمنزلة المغصوب الاتّفاق عليه.

وهذا الحكم ممّا لا إشكال فيه، لاحترام أموال المسلمين، وعدم حلّيتها إلّا عن طيب نفسه، وقد عرفت صدقه على المنفعة المستوفاة.

ولكنّه قد يتمسّك لنفي الضّمان في المنافع بقوله ﷺ «الخَرَجُ بالضّمان»<sup>(١)</sup>، وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببيّة أو المقابلة، فالمشتري لما أقدم على ضمان البيع وتقبّله على نفسه بتقبيل البائع وتضمينه إتياءه على أن يكون الخراج له مجّاناً، كان اللّازم من ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التّقدير أيضاً.

والحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنيمة

---

١ - عوالي اللثالي: ١ / ٢١٩ ح ٨٩، سنن الترمذي: ٣ / ٥٨٢ ح ١٢٨٥ - ١٢٨٦، سنن ابن ماجه: ٢ / ٧٥٤ ح ٢٢٦٣.



والفائدة بازاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله عليه السلام

في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري «ألا ترى أنه لو احترقت كانت من مال المشتري»<sup>(١)</sup> ونحوه في الرهن غيره.

وفي الاستدلال نظر: لأن هذا الضمان ليس مما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه، وإنما هو أمر قهري حَكَم به الشارع كما حكم بضمان المغصوب، وليس الخراج فيه للغاصب قطعاً، مع أنه ضامن للعين المغصوبة. وقد عرفت دعوى الإجماع من «السرائر» من أن المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة الغصب.

وقد يُفسر معنى الرواية بأن المراد بالضمان الذي بازائه الخراج، التزام الشيء على نفسه، وتقبله له مع إمضاء الشارع له، فعلى هذا معناها أن كل مورد تحقق تضمين وتغريم من قبل المالك والتزام وتقبل من قبل الآخذ، وأمضاء الشارع يكون الخراج للآخذ، مقابل لا لالتزامه على نفسه أو بسببه.

وفيه: مع بعده، أنه منتقض بالعارية المضمونة، حيث أنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه المنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عيَّنه المالك.

ويمكن تفسيرها بما ذكره بعضهم في معنى الضمان، وقد ذكرناه في صدر القاعدة السابقة، وهو أنه معنى ضمانه عليه أنه لو تلف كان في ملكه لا بمعنى الخسارة، ويكون المراد بالضمان ما هو الحاصل منه لا معناه الحدّي المصدري، فعناها أن تعلق الخراج ملاصق بصيرورة الشخص منافياً، بمعنى أنه ينقل بمن يكون تلفه في ملكه.

فحاصله: أن المنافع تابعة للأعيان، ويشعر على هذا التفسير التعليل المذكور في قوله عليه السلام «ألا ترى أنه لو احترقت كانت من مال المشتري»<sup>(١)</sup> لدلالته على أن المنافع تابعة للأعيان.

ويمكن تنزيل الرواية على خراج المقاسمة فتصير أجنبيّة عن المقام<sup>(١)</sup>.  
والحاصل: أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها  
قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه، هذا كلّ في المنفعة المستوفاة.  
وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فقد استوفينا الكلام فيها في القاعدة السابقة.



---

١ - وعلى هذا أيضاً يحتمل معنيين :  
أحدهما : أنّ منافع الأعيان التي أخذها من السلطان بتضمينه له للآخذ بسبب ضمانه أو  
مقابلاً له .  
ثانيهما : أن يكون المراد من الخراج هو الخراج السلطاني ، فيكون معناها أنّ تعلّق الخراج  
بالضامن بسبب ضمانه ، فافهم (منه قدس سره) .

## [في المثلي والقيمي]

ومن الأمور المتفرّعة لو تلف المقبوض بالبيع الفاسد، فإن كان مثلياً وجب مثاله بلا خلاف، إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي، وإلّا فالقيمة.  
وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي:  
والمحكي عن المشهور: أنّه ما يتساوى أجزائه من حيث القيمة.  
وعن «السّرّاء»: ما تماثلت أجزائه وتقاربت صفاته.  
وعن «الدروس» و«الروضة»: أنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة، المتقارب الصفات.

وعن «غاية المراد»: ما تساوى أجزائه في الحقيقة التّوعية.  
إلى غير ذلك.

ثمّ لا يخفى، أنّه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشرّعة، وليس المراد بيان معناه اللّغوي إذ المراد بالمثل لغةً المماثل، ولا خفاء من هذه الجهة بل التّزاع في تعيين جهة المماثلة، وحيثنّذ نقول: إنّّه لو أريد منه المماثلة من جميع الجهات فغير منعكس، إذ قلّمّا يوجد شيان متماثلين بهذا التّحو، ويلزم خروج أغلب ما حكموا بكونه مثلياً

عنه، ولو أريد من بعضها غير مطردٍ كما لا يخفى، فليس في المقام معيارٌ معتبرٌ في تمييز المثلي عن غيره بحيث تطمئن به النفس، فلا بدّ في الموارد المشتبهة الكثيرة التي لم يتحقّق الإجماع على كونه مثلياً أو قيمياً بملاحظة الأصل والرّجوع إليه، وذكر شيخ مشايخنا<sup>(١)</sup> في تعيين الأصل:

«ولا يبعد أن يقال إنّ الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإنّ فرض إجماع على خلافه، فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر، والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

نعم يمكن أن يقال: بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك التمييز في الاداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني تعيّن المثل، بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن من الامتناع، وتعيّن القيمة كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند النشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل»<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

وفي كلامه<sup>(٢)</sup> تأمل أمّا أولاً: فلأنّ الحكم بالتخيير:  
أمّا لأجل دوران الأمر بين التعيين والتخيير على القول به.  
وأمّا لأجل تعارض الدليلين إن لم نقل بوجوب التوقّف والاحتياط والرّجوع في مقام العمل إلى الأصول.

وأمّا لأجل دوران الأمر بين المحذورين بحيث لم يمكن الاحتياط.  
وليس ما نحن فيه من القسم الأوّل لكونها متباينين، ولا من القسم الثاني لأنّ

الشك في أن هذا الشيء هل هو مثلي حتى يجب مثله، أو قيمي حتى تجب القيمة، وليس لهما دليان متعارضان حتى يتخير في الأخذ بأحدهما، ولا من القسم الثالث لإمكان الاحتياط مطلقاً.

أما بالنسبة إلى الضامن فيبذل المثل والقيمة جميعاً، وأما بالنسبة إلى المالك فبعدم الإلزام بأحدهما معيّنًا، أو رفع اليد عن كليهما، وليس للمالك التزامه بكليهما أو بأحدهما معيّنًا بل له أن يطالب حقه الواقعي الذي هو في ذمة الضامن، فيجب على الضامن ادائها جميعاً مقدّمة ليحصل العلم بالفراغ، وللمالك أن يقول (اجعلني في حلّ عما زاد عن حقّي وإلا لم آخذ إلا ما هو حقّي)، فقتضى الاشتغال يجب بذله عن طيب النفس تحصيلاً للعلم بالبراءة، وليس للمالك الإلزام بخصوصيّة حقه من غير زيادة ونقصان لكونه تكليفاً بالمحال.

ولكن لا يخفى أن إلزامه على بذل المثل والقيمة تحصيلاً لفراغ الذمة مشكّل، وإلزامه بكونه عن طيب النفس بحيث لا يستلزم أخذ المالك كليهما تصرفاً في مال الغير أشكّل فقتضى الاحتياط دفع المثل والقيمة إلى المالك بعنوان أداء حقه الواقعي الذي هو ثابت فيهما، ويبقى ما ليس بحقه باقياً على ملك الضامن، فيشتركان فيها اشتراكاً قهرياً في ذلك الموضوع الخارجي، فيرجع بعد ذلك إلى ما هو حكم الشركة القهرية من الصلح والقرعة وغير ذلك على المسألة، وأما ما دام الحق باقياً على ذمته فلا يجري القول بالصلح والقرعة، لكون الشبهة حكمية ولا يجريان في الشبهة الحكمية، وبعد خروجه في العهدة بادائها إلى المالك لا مانع من اجرائها لصيرورة الشبهة موضوعية وليس للمالك الامتناع عن أخذهما معاً بعد رفعها إليه بعنوان أداء حقه الواقعي مع مطالبة عين حقه، لدوران الأمر بين رفع الضامن يده عما زاد عن حقّ المالك وتسليطه عليه من غير استحقاق، وبين قبول المالك حقه على نحو الشركة وإيصال الحق إليه مشتركاً، ولا ريب أن المحذور في الثاني أقلّ. وليس المراد من الشركة هي الشركة الحقيقية، بل المراد منها كون المالكين مشتبهين بحيث لا يعلم

حقّ كلّ منهما، وحينئذٍ يرفع الأمر عند التشاح إلى الحاكم.

والحاصل: أنّ مقتضى الاحتياط اللازم دفع المثل والقيمة إلى المالك بعنوان اداء حقّه الواقعي، وتعيين الكلّي الذي في ذمّته في ضمن أحدهما، من غير تعيين بخصوصه، وعلى المالك القبول، وليس له الامتناع عن أخذ حقّه بهذا النحو، لعدم تمكّنه عن اداء حقّه معيّناً من غير اشتباه، وإلزامه برفع اليد عن الزائد عن حقّه ضرر عليه، وكذا ابقائه على ذمّته، فيجب عليه القبول على نحو الإشتراك والاشتباه، فيعامل معها معاملة المالكين المشتبهين في الخارج ابتداءً، ولو امتنع المالك عن القبول يُرفع أمره إلى الحاكم فيلزمه عليه، أو يقبل عن قبله، ثمّ يأمرهما بالصّلاح، والظاهر عدم تعيين حقّ كلّ منهما بالقرعة، لكون الشكّ في التعيّّن من جهة أصل الحكم، وليس للقرعة في تعيين الحكم مجرى كما تبين في محله، فذلك نظير ما لو علم بجلية واحد من الغنم أو الأرنب الموجودين في الخارج مع حرمة الآخر، ولكن اشتبه علينا أنّ الحلال هل هو الغنم أو الأرنب، فكما لا يجوز تعيين الحلال منهما بالقرعة كذلك فيما نحن فيه، لأنّ تعيين حقّ المالك في خصوص المثل أو القيمة معناه أنّ حكم الضّمان في هذه الواقعة هو هذا الشيء المعيّّن، وهذا بخلاف الصّلاح، لأنّه ليس لتعيين الحقّ الواقعي، بل المراد تمكين كلّ واحد من المالكين على الانتفاع على المال المشتبه، ولو كان كلّ ممّا في يد كلّ منهما في الواقع ملكاً للآخر، وليس مؤدّى الصّلاح تعيين الحقّ الواقعي وتشخيصه في ضمن المثل أو القيمة، فافهم.

ثمّ أنّه قد يشكل ما ذكرنا: بأنّ الجهالة مانعة عن تعيين الكلّي الذي في ذمّة الضّامن في ضمن الحقّ الخارجي.

ولكنّه لا يخفى ما فيه، خصوصاً بعد ملاحظة إمكان الاحتياط في العبادات.

وبالجملة: أنّ مقتضى القاعدة أنّ أصالة الاشتغال في المقام مُحكّمة، وليس ما نحن فيه إلّا من قبيل دوران الوجوب بين الظّهر والجمعة، ولا فرق فيهما من جهة أنّ المثال من قبيل حقّ الله تعالى، وما نحن فيه من قبيل حقّ النّاس، فهذا نظير ما لو

علم المديون بالدين ولكن شك في أنه هل لزيد في ذمته أو لعمره، فيجب بمقتضى القاعدة أن يؤدي مقدار الدين على كل منها تحصيلاً للعلم بفراغ الذمة، وليس للتخير فيه مجرى، ولا يمكن القول بالقرعة في أمثال المقام لكون الشبهة حكمية.

وثانياً: إن التمسك بعموم (على اليد) في المقام لا يخلو عن إشكال، إذ لا يخلو الحال أما أن يقدر فيها العهدة، فيكون معناها على عهدة الآخذ ما أخذ إلى زمان الاداء، ومعنى كونه على عهده أنه لو تلف لكان عليه خسارته وضمانه، وهذه التعليقية تنتج زمان التلف. وعلى هذا لا تعرض لها لما بعد التلف حتى يتمسك بعمومها لإثبات التخير.

وأما أن لا يقدر العهدة فيها، فعناه على الآخذ اداء ما أخذ، فما دام باقياً عليه رده، وحين التلف ينقل عينه إلى ذمته، ومعنى كونه بعينه في ذمته أنه ملتزم بأدائه مطلقاً بحيث لو فرض جواز إعادة المدوم لكان اللازم عليه ذلك، وألا يبقى على ذمته إلى «يوم يُنادى المناد»<sup>(١)</sup>، نظير بعض حقوق الأموات وغيرها التي لا تخلص لها في دار الدنيا، بل يبقى المستحق عليه مشغول الذمة إلى يوم القيامة، وحينئذ لا يجوز تكليفه بفراغ الذمة لكونه محالاً، وجعل الأداء غاية بعد التلف من قبيل قوله تعالى: «حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ»<sup>(٢)</sup> تعليقاً بالمحال.

إذا عرفت ذلك فنقول: قد علمنا من الإجماع أن بذل المثل أو القيمة بعد التلف ميرء للذمة، فعلى هذا فلا بد من تخصيصها بأحدهما، كما أنها مخصصة برضاء المالك، أو تعميم الاداء بحيث يشمل المثل أو القيمة، فعلى هذا معناها على الآخذ أداء عينه أو ما هو منزل منزلتها بحكم الشارع.

وكيف كان يوجب ذلك إجمال الدليل، لأنه إما من قبيل العام المخصص بالمجمل أو المجاز الذي أجمل فيه القرينة، فلا يجوز التمسك في مورد الإشتباه على عمومه،

١ - سورة ق: آية ٤١.

٢ - سورة الأعراف: آية ٤٠.

وليس المخصّص من قبيل الأقلّ والأكثر حتّى يقال إنّ الأقوى جواز التمسك في المشكوك بعموم العام، لما عرفت من أنّ المثل والقيمة متنافيان، ولا يجوز التمسك في شيء منها بعموم العام، لأنّ الأصل في كلّ منها متعارض بالآخر، فيصير العام مجعلاً بالنسبة إليه.

هذا، ولا يخفى أنّ المعنى الأوّل أعني تقدير العهدة أظهر، ويؤيّده ما ورد من التصريح بالضمان في نظائره، مثل رواية عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام:

«إذا دعا الرجل أخاه بالليل فهو ضامن له حتّى يرجع إلى بيته»<sup>(١)</sup>.

وفي رواية أخرى:

«فهو له ضامن إلّا أن يقيم البينة أنّه قد ردّه إلى منزله»<sup>(٢)</sup>.

فالظاهر أنّ مجموعها من وادٍ واحد إذ معنى كونه على عهده أنّه ضامن حتّى يؤدّيه.

وهذا المعنى - أعني بقاء العين في الذمّة - وإن كان مخالفاً لظاهر الأصحاب، لأنّ الظاهر منهم في أغلب الموارد انتقال المثل أو القيمة في الذمّة في آن التلّف لا عينه، إلّا أنّه مناسب لما ذكره المحقّق في مسألة ما لو تلف ثوبه عند الضامن وكان قيمته درهماً أنّه يجوز بيعه عليه على درهمين ولا رباء، وذلك لاستقامته لو قلنا ببقاء العين، وأمّا لو قلنا بالانتقال إلى القيمة فشكّل لتحقيق الرّبا.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ الأصل في الضمان المثل، بمعنى أنّ المنتقل إلى الذمّة أولاً وبالذات بعد تلف العين هو المثل مطلقاً دون القيمة، لكونه أقرب إلى التلّف من حيث الذات والوصف، ولكنّه انعقد الإجماع مثلاً على أنّه يؤدّي وتحصل البراءة منه في القيمات بأداء قيمته، فيسقط المثل عن الذمّة يوم أداء القيمة، ومقتضى ذلك أنّ يؤدّي قيمته يوم الأداء لا يوم التلّف، وعلى هذا فلا مانع من بيع ما في ذمّة الضامن،

١ - التهذيب: ١٠ / ٢٢٢.

٢ - الكافي: ٧ / ٢٨٧.



وهو عبارة عما هو مثل التالف بدرهمين، إذ لا ربا حينئذٍ، لأن المبيع هو الثوب الثابت في ذمة الضامن لا قيمته.

وثالثاً: أن الحكم بكونه من باب تخيير المجتهد في الفتوى مما لا وجه له، لأن فتواه بالتخير أما من جهة تعارض الدليلين، أو لأجل دوران الأمر بين التعيين والتخير، وقد عرفت أن ما نحن فيه ليس منها في شيء.

ويمكن أن يقال<sup>(١)</sup>: إن القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغضوبات والأمانات المفترط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل، لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، ثم بعده قيمة التالف من التقدين وشبههما، لأنها أقرب من حيث المالية، لأن ما عدها يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما، ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصّ الشارع على ذكر المضمون به، بل كلّها إلا ما شدّ وندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

ولكنه لا بدّ في إثبات المدعى من السبر في الموارد الخاصة واحراز كونها في مقام بيان إتمام الحكم فيها، وإلا فلا ينفع الإطلاق فيها لإثباته، والظاهر كونه كذلك، وحينئذٍ يكون المرجع في فهم كيفية الخروج من العهدة هو العرف.

ولكن يُشكل هذا: بكونه مخالفاً لمذهب المشهور، لأن مقتضى مذهبهم لزوم دفع المثل في المثلي، ولو نقص قيمته عن قيمة التالف حين التلف، بل ولو سقط عن المالية، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء، مع أنه لا يُعدّ ذلك في العرف خروجاً عن عهدة التالف، وكذا لو كان التالف قيميّاً مع تمكّن الضامن عن دفع المثل مع كونه

١ - ويمكن أن يقال أيضاً: إن الثوب مثلي لا قيمي، فينتقل المثل إلى الذمة مطلقاً، ومتعلّق البيع على هذا أيضاً المثل دون القيمة، ولكن الظاهر أن القول بكونه مثليّاً ضعيفٌ فلا يحمل عليه كلامه. ولعله يُشار إلى ما ذكرنا بإيراد الأمر بالتأمّل في كلامه رفع مقامه. (منه رحمه الله)

مساوياً له في القيمة، فقتضى مذهب المشهور عدم لزوم دفع المثل، بل عدم جوازه لو لم يرض المالك، مع أن الخروج عن العهدة عند العرف منحصر حينئذٍ على دفع المثل.

**والحاصل:** إنَّ كَيْفِيَّةَ الخروج عن العهدة عند العرف هي اداء ما يماثل التَّالف ذاتاً وصفةً عند التَّمكُّن، وبدونه بذل ما يساويه من حيث الوصف أعني المائيَّة، ولذا لو استعار أحد من غيره آنيةً وأتلفها يدفع إليه ما يساويها من الأواني بحيث لا يمتاز عن التَّالف ولا يخبر المالك عن التَّلف، ومع ذلك يرى نفسه بريئة عنها ولا يشتغلها بها، وليس ذلك إلاَّ لأجل أنَّ كَيْفِيَّةَ الخروج عن العهدة عندهم بهذا التَّحو، وهذا مخالف لمذهب المشهور حيث لم يكن مثلياً.

إذا عرفت ذلك علمت أنَّ متابعة العرف مع مخالفته للمشهور مشكلٌ، ولكن رفع اليد عنه ومتابعة المشهور من غير دليل أشكل، فعلى هذا لا بدَّ من إحراز طريقة العرف في كَيْفِيَّةَ الخروج عن العهدة، فما عُلِمَ منها عَمِلَ على طبقها، وما لم يُعْلَم يُرجع إلى الأصل المتَّبِع في المقام.

ولا يخفى أنَّ الرَّجوع إلى العرف في تعيين الضَّمان إنما هو في كلِّ مورد لم يرد على خصوصه دليلٌ على خلاف طريقة العرف، فلا ينافيه ما ورد في أنَّ الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروَّج غيرها عليها هي الأولى منها.

وقد يقرَّر الاستدلال<sup>(١)</sup> بوجه أوفى لا يحتاج إلى احتراز كون الإطلاقات في

١ - ويمكن الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات التَّخيير بالنسبة إلى المالك ما لم يكن فيما خيَّره اعتداءً زائد على المعتدَّى به، بدعوى دلالتها على التَّرخيص في أصل الاعتداء مطلقاً ما لم يتعدَّ عن مقدار المعتدَّى به، فمعناها التَّرخيص بالإعتداء بالمماثل وما دونه، ولا ما زاد عنه في أصل الاعتداء، فحينئذٍ له الاعتداء بأخذ المثل لو لم يكن الاعتداء زائداً على الاعتداء الصادر منه أولاً، وله الاعتداء بأخذ القيمة لو لم يكن كذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي.

مقام بيان تمام الحكم وهو:

إنَّه بعد إحراز أنَّ للعرف طريقة في الخروج عن عهدة المتلفات وضمائها، لو ورد أمرٌ من الشارع بضمّان ما أتلّف ولم يعلم أنَّ مراده هو الضّمان المتعارف أو أراد منه معنىً آخر، لوجب الحمل على معناه العرفي، إذ لو لم يرد هذا المعنى لكان عليه البيان، ولا فرق حينئذٍ بين عدم وصول البيان أو عدمه رأساً، إذ العقل لا يعذر عبداً لم يمثّل أمر مولاه لاحتمال إرادة المولى غير معناه المتعارف، ولو احتمل بيان مراده ولم يصل إليه، خصوصاً بعد إحراز كون مكالماته على طريقة العرف، لا بدّ حينئذٍ في تعيين مراداته من الرّجوع إلى العرف، ما لم يبيّن خلافه أو لم يصل إرادته الخلاف، فلو قال المولى: «فَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها»<sup>(١)</sup> لا بدّ في تعيين التّحية وردها من الرّجوع إلى العرف، وهو موكول إليهم.

وقد استدلّ على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: «فَمَنْ إِغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِغْتَدَى عَلَيْكُمْ»<sup>(٢)</sup> بتقريب أن ماثلاً اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره، واختصاص الحكم بالتلف عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

→ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الإِجْمَاعَ مَنْعَقِدٌ عَلَى خِلَافِهِ، أَعْنِي بَطْلَانُ تَخْيِيرِ الْمَالِكِ، وَكَذَا يَنَافِيهِ مَا ادَّعَوْا مِنَ الْإِتِفَاقِ عَلَى أَنَّ ضَمَانَ الْمَثَلِيِّ بِالْمَثَلِ خَاصَّةٌ وَضَمَانُ الْقِيَمِيِّ بِالْقِيَمَةِ بَخْصُوصِهَا، وَلَكِنَّ الإِجْمَاعَ الْأَخِيرَ لَا يَضُرُّ بِالْتِمَسُّكِ بِهَا فِي الْمَوَارِدِ الْمَشْكُوكَةِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَصْلِ يُرْجَعُ إِلَيْهِ عِنْدَ الشَّكِّ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ تِلْكَ الْمَوَارِدَ الْمَشْكُوكَةَ لَيْسَتْ مِمَّا نَعْقِدُ الإِجْمَاعَ عَلَى خُصُوصِ الْمَثَلِ أَوِ الْقِيَمَةِ.

هذا إذا قلنا بأنَّ الإِجْمَاعَ إِنَّمَا نَعْقِدُ عَلَى الْمَصَادِيقِ، وَأَنَّ الْعُنْوَانَ مُنْتَزِعٌ عَنْهَا. وَأَمَّا لَوْ قُلْنَا إِنَّ الْإِجْمَاعَ مَنْعَقِدٌ عَلَى الْعُنْوَانِ وَالشَّكِّ فِي بَعْضِ الْأَفْرَادِ شَكٌّ فِي إِنْدِرَاجِهِ تَحْتَ ذَلِكَ الْعُنْوَانِ الْمَعْلُومِ الْحُكْمَ، وَسَيَجِيءُ مَزِيدٌ تَوْضِيحٌ ذَلِكَ فِي الْمَتْنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَلَا يَبْقَى حِينَئِذٍ لِلتَّخْيِيرِ مَحَلٌّ كَمَا لَا يَخْفَى (منه قدس سره).

١ - سورة النساء: آية ٨٦.

٢ - سورة البقرة: آية ١٩٤.

وربما يُناقش في الآية: بأنّ مدلولها اعتبار المائلة في مقدار الإعتداد لا المعتدئ به.

وفيه نظر: توضيح ذلك، أنّ مساق الآية يحتمل أن يكون للترخيص في أصل الاعتداء أو مقداره أو لهما مع بيان المعتدئ به، بمعنى أنّها مسوقة للترخيص على الاعتداء بالمائل، فهو مستلزمٌ للترخيص في أصل الاعتداء، وكون المعتدئ به بمقدار ما اعتدئ به أولاً، إذ لو لم يكن كذلك لما كان مماثلاً له، ولا يبعد دعوى ظهورها في هذا المعنى.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليها بالقول المشهور، لأنّ مقتضاها وجوب المائلة العرفية في الحقيقة والمالية، فهذه مؤيدة للدليل السابق في كون المرجع في كيفية الخروج عن العهدة هو العرف، فباطلاقها يمكن أن يتمسك في أنّ المرجع في تعيين المائل هو العرف، وليس المراد منه غير ما هو المتعارف لظهورها في كونها في مقام بيان الحكم بتمامه.

ثمّ، لا يخفى أنّه ليس للعرف قانونٌ منضبط يرفع بملاحظته الشكّ في الموارد، فلا بدّ في كلّ موردٍ من ملاحظة طريقهم في كيفية الخروج عن العهدة في ذلك المورد، وربّما لا يحرز الطريقة فيرجع إلى الأصول والقواعد، ومع هذا لا شبهة أنّ الموارد المحرزة فيها طريقهم لا توافق القول المشهور، لأنّ مقتضى العرف في كيفية الخروج عن العهدة بذل المائل عرفاً في الحقيقة والمالية، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميات، مثلاً لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف إلزام الضّامن بتحصيل ذراع آخر، من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى المالك، مع أنّ القائل بقيميّة الثّوب لا يقول به، وكذا لو تلف عليه عبداً وله في ذمّة المالك بسبب القرض أو السّلم عبداً موصوف بصفات الثّالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهري، مع أنّ اللّازم في نظر العرف بذل المثل ولازمه التهاتر القهري.

وتوهم: أن حكم المشهور بكون العبد وأمثاله قيمياً لأجل عدم الإحاطة والإطلاع على الصفات الخفية والآلام الباطنية، فهو في الحقيقة مما لا يوجد له مثل، وعلى فرض الوجود قليل التحقق، فهو بمنزلة العدم ولذا حكموا بكونه قيمياً.

مدفوع: بأن المفروض أن المبتاع بالسلم كلي متصف بصفات التالف، بحيث لو فرض وجوده عند البائع لجاز بذله عما في ذمته وتعيينه في ضمنه، مع أن هذا الكلام لا يتمشى فيما يجوز بيعه بالسلم، لأن صحته موقوفة على أن تكون أوصافه منضبطة، ففي كل مورد يصح فيه السلم يجب بذل المثل للخروج عن العهدة بمقتضى العرف، مع أنه غير منطبق على مذهب المشهور.

والحاصل: أن مقتضى ظاهر الآية والدليل السابق الرجوع إلى العرف في باب التضمينات والغرامات، والقدر المحصل من طريقتهما على نحو الجزم واليقين هو لزوم بذل المثل لو كان مساوياً للتالف في المالئة، من غير فرق بين الحنطة والشعير والرطب والتمر والبغل والثوب والعبيد وغير ذلك من الأعيان، نعم لو لم يجد المثل كذلك، يجب الرجوع إلى القيمة عندهم، لأنها أقرب إلى التالف بحسب المالئة.

ولكن يشكل هذا: مع مخالفته للمشهور بأن بعض المصاديق منها مما أجمع على لزوم بذل المثل كالحنطة والشعير سواء زاد عن قيمته التالف بحسب القيمة أو نقص منها، مما أجمع على وجوب دفع القيمة كالبغل والعبد وغير ذلك، سواء وجد له المثل أم لم يوجد، بل يمكن دعوى القطع بملاحظة الإجماع، على أن ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة، مع تعريفهم للمثلي والقيمي بما لا ينطبق على العرف، مع كثرة اختلافاتهم في أصل التعريف، بعدم كون العرف مرجعاً بهذا الباب.

وتوهم: أن مدرك إجماعهم ملاحظة العرف في كيفية الخروج عن العهدة، واستفادتهم من أهل العرف أن ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، واختلافهم في التعريف لأجل اختلاف افهامهم فيما استفادوا منه، وبعدما علمنا خطائهم في الاستفادة، وأن طريقتهما مخالفة لطريقة العرف، لا يبقى لإجماعهم بالنسبة

إلينا اعتبار.

مدفوع: في الغاية، بحيث لا يرضى به ذو لب، خصوصاً بعد ملاحظة كون المسألة مما يبتلي بها كل أحد في يومه وليلته غالباً، فكيف يعقل غفلتهم عنها، وحكمهم فيها على خلاف الواقع غالباً، مع احتمال وقوفهم على مدرك لم تنفق عليه، بل يمكن دعوى القطع من تتبّع الموارد الخاصّة الكثيرة في باب التضمينات والغرامات الآمرة بدفع القيمة دون المثل، بعدم كون العرف مرجعاً، وإنّ حكمه في بعض المصاديق بضمان القيمة لجامع بينها، لا يوجد ذلك الجامع في غيرها من المصاديق، وكذا حكمه في الضمان بالمثل في بعض آخر من غير ملاحظة العرف، وأنما الملحوظ ذلك المناط، كما إذا لاحظ في الحكم بضمان المثل انضباط صفات التالف حال كونها ظاهرة، من غير أن يكون له صفة باطنية لا تدرك غالباً، وأن يكون غالب التحقق في الخارج، من غير أن يكون في تحصيله كلفة زائدة، وكذا غيرها مما يمكن أن يلاحظ منطاً للحكم، وفي الحكم بضمان القيمة أن يكون انتفاؤها ملحوظاً، فيدور الحكم بضمان المثل أو القيمة مدار ذلك المناط، سواء طابق عليه العرف في الحكم بهذا الضمان الخاص أم لم يطابق، ولعلّ مدرك الإجماع وقوف المجمعين بملاحظة تلك الأخبار على ما هو الملاك فيها، واختلافهم في التعاريف لأجل اختلافهم في استفادة مناط الحكم عن تلك الأخبار بمقتضى إفهامهم، لا لأجل اختلافهم في معنى المثلي أو القيمي بحسب الإصطلاح أو اللغة، فيرجع النزاع إلى ادّعاء كلّ من عرّف كلاً منها بتعريف خاص، أن ذلك المناط يتحقّق في ضمن تلك المصاديق التي عرّفها بهذا التعريف الخاص.

وكيف كان، فلا ريب في حجّة الإجماع في أمثال المقام، خصوصاً بعد اعتضاده بما علمنا من الأخبار المتفرقة المتشعبة الكثيرة من عدم إيكال الأمر إلى العرف، فلا بدّ من الجري على مقتضاه، والحكم بضمان المثل فيما علمنا كونه مثلياً، أو القيمة فيما علمنا كونه قيميّاً.

وأما الموارد المشكوكة فيعمل فيها على مقتضى القواعد، أعني الرجوع إلى عموم «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ»<sup>(١)</sup>. ولا بدّ في تشخيص المثل في تلك الموارد من الرجوع إلى العرف.

ولا يتوهم: أنه بعد قيام الإجماع على عدم جواز الإعتداء بالمثل في الجملة يصير العام مجعلاً، فلا يجوز التمسك به في الموارد المشكوكة. لما تقرّر في محله من أنّ العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، مردّد بين الأقلّ والأكثر لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى مورد الشكّ، هذا.

ولكنّ الإنصاف عمّن جانب الاعتساف، أنّ الالتزام بأنّ سلوك العلماء في باب التّغريمات على خلاف طريقة العرف، وأنّ إجماعهم عليه مخصّص للآية الشريفة مشكل، مع أنّ خروج القيمّات عن تحتها موجب لتخصيص الأكثر، مضافاً إلى انضمام بعض المثليات إليها لو لم يكن مماثلاً للتّالف في المائيّة.

فالذي ينبغي أن يقال: إنّ للمثل في نظر أهل العرف مراتب:

قد يريدون من المثل المائل من جميع الجهات والخصوصيّات.

وقد يريدون منه المائل من جهة خاصّة.

وقد يريدون المائلة في بعض الجهات، وذلك يختلف في المقامات، ففي مبحث التّغريمات لو قالوا للتّالف: «عليك الخروج عن عهدة ما أتلفت باداء مثلها» يختلف نظرهم بالنسبة إلى المقامات، من خصوصيّات الموارد في جهة المائلة، بمعنى أنّ الملحوظ عندهم من جهة المائلة قد يكون في بعض الموارد شيئاً ليس هذه الجهة ملحوظة عندهم في بعض آخر، بل يلاحظون في هذه الموارد جهة أخرى مماثلاً للتّالف فيها، ولكنّ الملحوظ أولاً وبالذات عند قوله: «عليك مثل التّالف» أنّما هو المائل له من حيث الذات والخصوصيّات من غير ملاحظة جهة المائيّة، وأمّا لو لم

يوجد له مثلٌ من هذه الجهة أصلاً، أو لم يُعلم له مثل كذلك، لعدم انضباط أوصافه وخصائصاته، فالملاحظ عندهم هي الماثلة وجهة المالّية، مثلاً لو أٌتلف شخصٌ مثلاً من شعير كان لزيد يقولون عليه ردّ شعيره ولا يقولون أدّ قيمته، ولو قالوا له «ادّ قيمته» إنّ امتنع المتلف عن ذلك، وقال «ما أدّي إلّا مثله من الشعير» لا يذمّونه، بل لو قال المالك ما أريد إلّا القيمة يلومونه، ويقولون له خذ مالك ولا يلاحظون في هذه الموارد المتساوية الأبعاد، أعني أبعاد نوعه أو صنفه جهة المالّية أصلاً، ولذا قيل لو سقط المثل عن المالّية في المثلي كالثلج في الشّتاء والماء على الشّاطئ لم ينتقل إلى القيمة.

ولكن هذه الصّورة لا تخلو عن تأمل، لأنّ مبنى التضمينات والغرامات على الخسارة والتّدارك، فلا بدّ من ملاحظة جهة المالّية فيها في الجملة، وما ذكرنا من عدم ملحوظيّة جهة المالّية نعني به عدم ملحوظيّته من حيث الماثلة لا عدم ملحوظيّته أصلاً.

والحاصل: إلزام العرف في هذه الموارد إنّما هو باداء الماثل من حيث الذات والخصائصات، سواء ماثله في القيمة أم لا.

وأما ما لم يكن افراد نوعه أو صنفه متساوية، فبعد ملاحظة العرف عدم المساوات فيما بين الأفراد، يحكمون بأنّ الخروج عن العهدة في هذه الموارد إنّما يكون بدفع القيمة، فالملاحظ في هذه الموارد هو الماثلة من جهة المالّية دون الماهيّة والخصائصات، مثلاً لو أٌتلف بغلاً أو حماراً أو فرساً أو بقراً، فعند تغريمه يقولون «ادّ قيمته» فلو امتنع المالك عن أخذ القيمة وقال: «ما أخذها ولا أريد إلّا مثل مالي من هذا النوع» لذمّوه.

وبالجملة: كلّ مورد كان للتّألف مثلٌ بملاحظة ذاته وخصائصاته، بحيث لا يكون بينهما امتياز إلّا باعتبار تعدّد وجوديهما، أو بعض الخصائصات الغير الملحوظة، فبذله بحكم العرف خروجاً عن عهده متعيّن، وكلّ مورد ليس كذلك



فاداء القيمة عندهم حينئذ هو المتعين، إذ بها يطمئن نفس المالك والضامن دون غيرها، فالملاحظ حينئذ هي الماثلة من جهة المائلة.

وبما ذكرنا ينطبق تعريف المشهور، ولا ريب أن كل العلماء ناظر إلى هذا المطلب، غاية الأمر في بعض العبارات قصوراً عن التأكيد، ففي الحقيقة الكل مطبقون على المدعى، ولذا يناقشون في بعض التعاريف بطرده وعكسه، ولا يعدّون كل تعريف منها قولاً مستقلاً مغايراً للقول الآخر، ولا يقولون إن الأقوال فيها كذا أو كذا.

إذا عرفت ذلك، علمت أن الآية الشريفة أيضاً منطبقة عليه، وأن المراد بالمثل قد يكون الماثلة من جهة المهية والخصوصيات كما في المثليات، وقد يكون الماثلة في المائلة كما في القيميات، فلا يتوهم أنه يلزم على ما ذكرنا استعمال لفظ المثل في معنيين، إذ المراد من الماثلة واحد، وإنما التعدد في جهتها، ولأجل ما ذكرناه ترى العلماء كالشيخ رحمته الله في «المبسوط» يستدلون بها لإثبات الضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، فشكر الله سعيهم، وجزاهم عن أهل الإيمان خير الجزاء.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنه لا منافاة بين العرف والآية وطريقة العلماء رضوان الله عليهم.

بقي هنا شيء، وهو التنبيه على بعض المصاديق الجزئية التي يستشكل في كونها مثلياً أو قيمياً، كالثوب والكتب المنطبعة والدّرهم والدّينار وغير ذلك.

أما الثوب: فما كان منها معمولاً لأجل اللباس، أعني محيطاً كالعباء والقميص والأزار وما شابهها ممّا ليس لها أوصاف منضبطة وأمثال خاصّة في نوعه على نحو ما قلنا فلا ريب في كونه قيمياً.

وأما ما ليس منها كذلك، بل له أوصاف منضبطة، وأفراد صنفه كلّها متساوية، كأجناس البرّازين بعضها مع بعض من صنفه التي هي من شغل شخص واحد وانطباع كذلك، الظاهر كونه مثلياً، كما هو الظاهر في الكتب المنطبعة، وما ذكرناه

مضافاً إلى أنه يظهر من طريقة العرف ويشمله تعريفاتهم، يستفاد من الخبر الوارد في حكم الدراهم المسكوكة التي أسقطها السلطان، من أن الثابت على ذمة من أقرضه دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها على الدراهم هي الأولى لا قيمتها، وبعد ملاحظة الخبر وطريقة العرف وصدق تعريف المثلي على الدراهم، لا وجه للترديد في كونها مثلياً.

ومع ذلك نقول: إن جوهر الدراهم والدنانير، أعني ذات الذهب والفضة لا خفاء في كونها مثلياً، ومناقشة بعض فيها كما في الحديد والنحاس والرصاص لا وجه لها، وأما المصوغ منها، أعني عمل اليد فيها فهو أيضاً مثلي، كما يدل عليه الخبر، مع أن العرف أيضاً حاكم به، والثوب والكتب أيضاً لأن القطن الظاهر أنه لا خفاء في كونه مثلياً، وعمل اليد فيها أيضاً غير موجب لصيرورتها كذلك بعد كون الأعمال فيها مضبوطة معينة.

وأنت بعد التأمل فيما ذكرنا، والتدبر فيه حق التدبر، تقدر على معرفة كثير من الموارد المشتبهة بعد تطبيقها على العرف، وإن بقي بعد ذلك شيء فلا بد فيه من الرجوع إلى مقتضى الأصل المذكور، والله هو العالم بحقايق الأمور.



ومما يتفرع على المسألة السابقة: أنه ذكر في «القواعد»: «أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد» انتهى.

أقول: كثرة الثمن أما لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صار قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، والظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء، ولا خلاف كما صرح به في «الخلاف» على ما حكى، ووجهه عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التالف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية، وقد عرفت ما فيه، ولكن هذا القسم بحسب الظاهر ليس مشمول كلام

العلامة رحمته، لأنّ الثمن في هذه الصورة ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنّما زاد على ثمن التّلف يوم التّلف وبعد انتقال المثل إلى ذمّة الضّامن، فالزائد إنّما وقع في قيمة ما ملكه في ذمّته.

ولا يتوهم: أنّ إلزام الضّامن بدفع ما يزيد عن قيمة التّلف ضررٌ عليه، لأنّ أداء الحقّ إلى ذي الحقّ ليس ضرراً، والمفروض أنّ المثل ملكه على عهده، فيجب ردّه بأيّ ثمن كان قيمته، وأما لعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس مع وصف الأعواز بحيث يُعدُّ بذل مالكة ما يريد بازائه ضرراً عرفاً، والظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة «القواعد»، لأنّه ممّا يمكن أن يتردّد فيه، بل الجزم بوجوب دفع المثل حينئذٍ دون القيمة مشكّل، لأنّ إلزامه على تعيين الكليّ الذي في ذمّته في ضمن هذا الشّخص ضرر عليه، وأدلة نفي الضرر تنفيه.

ولا يتوهم: أنّ مقتضى عموم تسلّط النّاس على أموالهم جواز إلزام المالك إيّاه بدفع ما في ذمّته من حقّه، وعدم رضائه ببقائه فيها، أو انتقاله إلى القيمة لحكومة أدلة الضرر عليه كما بيّن في محله.

إلّا أن يقال: أنّ منع المالك عن حقّه، أعني المِلْك ضررٌ عليه، فيتعارض الضرران، فيبقى الأصل المحكوم سليماً عن المعارض ويُرجع إليه.

ويدفعه: أنّ منع المالك عن المثل إنّما يكون ضرراً لو لم نقل بوجوب دفع القيمة، بل قلنا بجواز تأخير الحقّ إلى زمان تمكّن تحصيله بقيمته السوقية، إذ لا شبهة في أنّ تأخيره وبقائه على ذمّته الموجب لحرمان المالك عن حقّه، بحيث لا يتمكّن من الانتفاع ضررٌ عليه، فيتعارض الضرران حينئذٍ، ويبقى دليل السّلطنة سليماً.

وأما لو قلنا: بوجوب دفع قيمة المثل، فلا ضرر حينئذٍ، للزوم مساواتها له في الماليّة، وبعد كونها متساويين فلا ضرر عند العرف في تبدّل أحدهما بالآخر، وانتفاء بعض الخصوصيّات التي لا يكون في مقابلها مالٌ كحبّه إليه وكونه لذيداً إلى غير ذلك من الخصوصيّات الموجبة لميل المالك إليه، وعدم رضائه بالقيمة،

لا يوجب صدق اسم الضرر عليه، وحينئذٍ ليس في دفع القيمة إلّا تبدّل حقّه من المثل إلى القيمة من دون رضاه، وهذا منافٍ لسلطنته، ولكنّه لا محذور فيه بعد حكومة أدلّة الضرر عليها.

إن قلت: تبدّله من دون رضاه تصرف في سلطانه، ومنع عن تصرفه في ملكه، وهذا ضرر عليه.

قلت: إنّ مطلق المنع عن التصرف ضررٌ ممنوعٌ، إذ رُبّ منع لا يُعدُّ عند العرف ضرراً، كما إذا أراد المالك أن يتصرّف في ملكه تصرفاً لغواً، كوضع شيء في ملكه من مكان إلى مكان آخر من دون أن يتعلّق به غرض مُعتدّ به، فنعاه شخصٌ آخر لا يقولون أنّه ضرر.

نعم، يمكن أن يلتزم بأنّ البذل بالقيمة قد يكون ضرراً، كما إذا كان المثل من حيث هو ذا منفعة كثيرة، وكان في تحصيله كلفة زائدة، وكان في نفسه مطلوباً مقصوداً بحيث لا يلاحظون القيمة قبلاً له.

وبالجملة: الأمر يدور مدار صدق الضرر، ففي كلّ مورد لا يكون كذلك لا بدّ فيها من العمل على طبق قاعدة نفي الضرر.

وكيف كان فللتردد في المسألة كما في «القواعد» مجالٌ، والله العالم بحقيقة الحال.

ومن الأمور المتفرّعة عليها أيضاً: أنّه لو تعدّر المثل في المثلي فهل ينتقل المثل الذي كان في ذمّة الضامن إلى القيمة، أم يبقى المثل على عهدته حين الإعواز أيضاً؟ وعلى فرض البقاء هل للمالك مطالبة قيمته أم لا؟

وعلى فرض عدم المطالبة هل للضامن إلزامه بقبول القيمة أم لا؟

ومعلوم أنّه لا إشكال في جواز مطالبة المالك، وكذا إلزام الضامن بقبول القيمة لو قلنا بانتقاله إليها عند التعذّر، لصيرورتها حقّاً له حينئذٍ، فله مطالبتها، وكذا للضامن إلزامه بقبول القيمة لتحصيل فراغ ذمّته عن حقّه، وأنّما يتوجّه الإشكال لو

قلنا ببقائه على العهدة في أنه هل للمالك مطالبة قيمة ماله عند تعذر أصله أم لا؟ وكذا في أنه هل للضامن إلزام المالك بقبول القيمة لتفريغ ذمته أم لا؟ وكيف كان فالهمم أولاً ملاحظة مدرك القولين والبحث عنه حتى يتضح حقيقة الحال.

فنقول: إنَّ اللازم أولاً ملاحظة حال العرف والآية، فإن ساعد منها واحداً من القولين فهو المتَّبِع، لما عرفت أنَّ مقتضى إطلاقات الضَّمان إيكال الأمر إلى العرف، وإلاَّ فإن وافق واحداً منها أصلُ متَّبِع في المقام، كاستصحاب بقاء وجوب المثل، أو غير ذلك فهو، وإلاَّ فيعمل على ما يقتضيه القاعدة.

وكيفية ملاحظة حال العرف بأن يُلاحظه أنَّ دفع القيمة عند تعذر المثل عندهم هل هو بعنوان كونه قيمة للمثل وبدلاً عنه، أو لأجل كونه مثلاً للتَّالف في المالِيَّة وبدلاً عنه لا عن المثل؟

توضيحه: أنَّ اللازم أولاً إحراز أنَّ دفع القيمة عند التعذر في نظر العرف هل هو لحكمهم في بدو الأمر بأنَّ الخروج عن العهدة في المثليات يبذل المثل إنَّ أمكن، وإلاَّ فبدفع القيمة؟ بمعنى أنَّ الملحوظ أولاً وبالذَّات هو ملاحظة المماثلة من حيث الذَّات والخصوصيَّات، وعند تعذر المثل بهذا التَّحو يلاحظون المماثلة من جهة المالِيَّة كما في القيميَّات؟ وقد عرفت أنَّ حكمهم بها فيها لأجل ذلك، وعلى هذا فيكون للشَّيء الواحد أمثال، غاية الأمر أنَّها على نحو الترتُّب، فعند تعذر أحدها يتعيَّن الآخر، لكون ادائه خروجاً عن العهدة من غير انتقال المثل الأوَّل إليه، بل هو في عرض المثل الأوَّل في كونه بدلاً للتَّالف، أو لأجل أنَّ الخروج عن العهدة فيها منحصرٌ ببذل المماثل من حيث الذَّات لا غير. غاية الأمر أنَّه عند تعذر المثل لا بدَّ أن يخرج عن عهدة المثل لا التَّالف، فالقيمة عندهم قيمة المثل لا قيمة التَّالف.

ولا يخفى أنَّ إحراز كون دفع القيمة عند العرف في حال التعذر هل هي لكونها مماثلاً للتَّالف في جهة المالِيَّة، وأنَّها أقرب الأشياء إليه بعد تعذر المثل من حيث الذَّات والخصوصيَّات، أو لأجل بدليَّتها عن المثل من غير ملاحظة الأصل؟ مشكِّل.

ولكنَّ الإنصاف أنَّ التأمل الصادق، والمراجعة إلى الوجدان الصَّافي عن كدورات الشَّبهات في فهم طريقتهم، يَشهد بأنَّ دفع القيمة لأجل تعذُّر المثل، لا من جهة مماثلتها للأصل، فلا تكون في عرض المثل من ملحوظيتها مع الأصل، بل نسبتها إليه كنسبته إلى الأصل.

وتقريب ذلك بأن يقال: إنَّ الملحوظ عندهم في المثليات ليس إلاَّ المماثلة الذاتية، سواء تعذَّر عن الاداء أم لم يتعذَّر، غاية الأمر أنَّه في صورة التعذُّر وعدم التمكن من اداء حقِّه الواقعي، أعني المثل، لما كان التقيُّد باداء أصل الحقِّ مستلزماً لصيرورة مال المالك هَدراً، يحكمون بلزوم دفع القيمة جبراً لضرره، فعلى هذا المثلُ ثابتٌ في العهدة مطلقاً حتَّى يُوَدِّي، إلاَّ أنَّ القيمة مسقطه في صورة التعذُّر، لا أنَّه ينقلب إليها في هذا الحال، وهذا هو الموافق لما عليه المشهور من بقاءه على العهدة بخصوصه حين الأعواز، وأنَّه لا ينقلب إليها، وهذا بخلاف ما لو قلنا بكونها في عرضه من جهة المماثلة في المالية، فإنَّه ينقلب إليها حينئذٍ، ولا يخفى أنَّ التعبير بالإنقلاب في هذه المقامات مساححة، إذ المراد بالإنقلاب إلى القيمة أن يقال إنَّ الثَّابت في الذمَّة بعد التَّلَف هو أمرٌ كلِّي يصدق على المثلي في صورة التمكن، وعلى القيمة في صورة التعذُّر، وهو عنوان الأقربىة إلى التَّالف، فرادنا بالإنقلاب أنَّه بعد تعذُّر المثل، وعدم تحقُّق الأقربىة في ضمنه، يتحقَّق الأقربىة في ضمن القيمة، لا أنَّ ذات المثل ينقلب إلى القيمة. وكذا مرادنا بعدم الإنقلاب هو بقاء المثل في الذمَّة حين التعذُّر، وذلك لأجل الإلتزام بأنَّ الثَّابت على العهدة بعد التَّلَف خصوص المثل في المثلي دون الجامع.

وأما التكلُّم في الآية بأن يقال أنَّنا قد ذكرنا أنَّ المراد بالمثل في الآية - بحسب الظَّاهر - ما يماثل المتعدِّي به في الدَّات والخصوصيات إنَّ تحقُّق، وإلاَّ فالملحوظ هو المماثلة من جهة المالية، فعناه الجامع بين المثل والقيمة، نظير الأقربىة إلى التَّالف، فمعنى الآية هو ترخيص الإعتداء بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، وذلك يستلزم

اشتغال ذمته بالمثل في المثلي والقيمة بالقيمي، وإلا لما جاز الترخيص المذكور، لكونه اعتداء بغير استحقاق، وهذا ظاهرٌ.

وحينئذٍ نقول: إنا إن بنينا على أن الملحوظ في المثليات - كالحنطة والشعير مثلاً - ليس في نظر العرف إلا المماثلة من حيث الذات والخصوصيات، سواء تعذر عن أداء المثل بهذا المعنى أو تمكّن، على نحو ما عرفته فيما سبق، وليس لها مثل آخر في نظر العرف، فلا يلاحظون المماثلة المالية فيها أصلاً، يكون مقتضى الآية على هذا إثبات اشتغال ذمة المعتدي بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي بعد اعتدائه، ففتضاه بقاء المثل على الذمة إلى زمان أدائه، فدفع القيمة على هذا إنما يكون بدلاً عن المثل، لا لأجل مماثلته للتألف في المالية، إذ المفروض عدم ملحوظية هذه المماثلة في المثليات.

وإن بنينا على أن الجهتين في المثليات ملحوظتان في نظرهم على نحو الترتب، بمعنى أن نظرهم في ذلك على الأقربىة إلى الواقع، فيكون الملحوظ أولاً في كل مثلي هو المماثلة الذاتية، وبعد تعذره المماثلة في المالية، فعلى هذا يتعدّد المثل بالنسبة إلى مثلي واحد، فثله في صورة التمكن شيء وهو المثل، وفي صورة التعذر شيء آخر وهو القيمة. أمكن أن يقال أنها تدلّ على اشتغال الذمة بالمثل، وهو يختلف بالنسبة إلى الحالتين، ففي حالة التعذر يشتغل الذمة بالقيمة، لأنها مثل للتألف حينئذٍ.

ولكنه يشكل، بدعوى انصراف اشتغال الذمة بما هو مثل في حال الاعتداء، ولا يدلّ على جواز الإعتداء بكل مثل ولو لم يكن مثلاً له في حال الاعتداء.

بيان ذلك: أنه لو قيل «اعط زيداً مثل ثوب أمثاله لو جائك»، فجاءه في اليوم الذي أمره بذلك، يستحقّ منه ثوب أمثاله في ذلك اليوم، فلو أخر الامتثال إلى سنة مثلاً، وصار زيد غنياً بحيث صار ثوب أمثاله في هذه السنة مضاعفاً بحسب القيمة من ثوب أمثاله في السنة السابقة، فلا شبهة أنه لو أعطاه، ما هو مثل ثوب أمثاله في السنة لأطاعه ولا يراعي المماثلة حين الإعطاء، وكذا فيما نحن فيه فلو قيل «من

أُتلف مال الغير فعليه مثله» ينصرف الماثلة إلى الماثلة حين الإلتاف، لا ما يصير مماثلاً في غير هذا الحال.

وكيف كان، فلا تدلّ الآية على إثبات القيمة في الذمة في صورة التعذر، نعم يمكن إثباته بهذا التّقريب لو كان التعذر مقارناً للاعتداء بحيث يكون القيمة مثلاً في ذلك الزمان، فتأمل.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنّ مقتضى العرف والآية الشريفة - على ما استظهرناه - بقاء المثل على الذمة في حال التعذر، وأنّ القيمة مسقط له عن الذمة وبديل عنه. وقد عرفت أنّ هذا موافق لما عليه المشهور.

فإنّ تمّ شيء مما استظهرناه يصلح ذلك للقول بمقالتهم، لما عرفت من أنّ مقتضى إطلاق الضمان وعدم البيان، إيكال الأمر إلى العرف، بل قد عرفت كفاية عدم الوصول في الحكم بالإيكال.

ثمّ لو بنينا على عدم تماميته، فهل يساعد على هذا القول استصحاب بقاء المثل على الذمة، كما تمسك به بعض أم لا؟

الظاهر عدم، للشك في أنّ الموضوع الثابت في الذمة هل هو خصوص المثل فيبقى بعد التعذر، أو الجامع بينه وبين القيمة، فيكون ثبوت المثل في زمان التمكن لأجل كونه مصداقاً لذلك الجامع، وبعد التعذر يتحقّق ذلك في ضمن القيمة، وعلى هذا فلا يجري الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع؟

نعم لو بنينا على حُجّية الاستصحاب مطلقاً، حتّى في الشك في المقتضي، لكان له وجه، وقد بيّنا فساده في محله.

إذا عرفت ما ذكرناه فلنرجع إلى حكم المسألة.

فنقول: قال شيخ مشايخنا قدّس الله نفسه الزكية في مكاسبه:

«لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع



مطالبة المالك ، لأنّ منع المالك ظلمٌ ، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر ، فوجب القيمة جمعاً بين الحَقَّين ، مضافاً إلى قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ فإنّ الضّامن إذا ألزم بالقيمة [مع تعذر المثل] لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى<sup>(١)</sup> انتهى.

هذا في صورة مطالبة المالك ولكنّه بظاهره مشكل على سبيل الإطلاق ، حتّى في صورة التعذر عن ادائه عاجلاً ، والتمكّن من ادائه فيما بعد ، مع أنّ الإطلاق يشمل - بناء على ما بنينا عليه من بقاء المثل في الذمة - لأنّ حقّه حينئذٍ تعلّق بخصوص المثل ، وليس منع المالك عنه ظلماً وضرراً عليه من قبل الضّامن حتّى ينفيه أدلّة الضرر ، بل هو مستند إلى تقدير سهاوي ، ورفع سلطنة المالك عن القيمة وصيرورتها بدلاً عن المثل قهراً يحتاج إلى دليل ، ولا يكفي دليلاً عليه حكومة أدلّة نفي الضرر ، لأنّها إنّما تكون كذلك لو استند الضرر إلى حكم الشارع ، وليس في المقام كذلك ، بل هو لأجل امتناع التصرف ، وإيجاده في الخارج ، وهذا نظير ما لو كان لشخص متاع في مكان يمنع تصرفه فيه ، بل هو بعينه كذلك ، لثبوت حقّه أعني المثل في ذمة الضّامن ، وهو متعذر عن تسليمه وتسليطه عليه .

ولكن الإشكال : لا يجري في صورة لم يترقّب حصوله فيما بعد ، بل هو مختصّ بصورة التمكن عن ادائه فيما بعد ذلك الزّمان ، ولو بمضيّ سنة أو أزيد .

ووجهه : أنّه يصدق على الضّامن في الصّورة الأولى التي يعلم بعدم تمكّنه عن اداء المثل عادة ، أنّه أكل مال الغير بالباطل ، إذ يصدق عليه أنّه أكل المثل ، كما أنّه يصدق على أنّه أكل الأصل ، فيجب الخروج عن عهده ، وليس فيه إلّا بدفع القيمة ، كما أنّه في الأصل يدفع المثل ، إذ المثل بعد تعذّره لا يلاحظ إلّا من جهة المالّية .  
وأما في صورة التأخير فلا يصدق عليه ، إلّا أنّه تأخّر اداء حقّه لعذر ، ومعلوم

أنّ المفروض عدم إمكان الاداء قبل ذلك الزّمان، وأنّه لا ينتقل إلى القيمة حينئذٍ، فالزام الضّامن بالقيمة ليس جمعاً بين الحقّين، بل هو ظلمٌ على الضّامن من غير استحقاق المالك، لما عرفت مراراً من أنّ حقّه تعلّق على خصوص المثل، فلا استحقاق بالنّسبة إلى القيمة.

وأما استحقاقه بالنّسبة إليها في الصورة الأولى، فلما عرفت من صدق أكل المثل بالباطل بخلافه هنا.

ويمكن أن يقال في دفع الإشكال: باختلاف مراتب الأداء في نظر أهل العرف، بمعنى أنّ نفس المثل وإن كان باقياً على عهدته في صورة التعذّر، إلّا أنّ ادائه في هذه الصّورة عندهم مغاير لادائه في صورة التمكن، لأنّ ادائه في صورة التمكن عبارة عن دفع نفس المثل بخصوصه إليه، ولكنه في صورة التعذّر ليس إلّا اداء ما ليّنه.

وبعبارة أخرى: أنّهم في حال التمكن يحكمون بأنّ ادائه عبارة عن دفع المال المتقوّم بهذه الخصوصيّات إليه، وبعد التعذّر عن تلك الخصوصيّات لا يكون الاداء عندهم إلّا دفع المال، من غير ملاحظة الخصوصيّات، ومعلوم أنّ الملحوظ من جهة المالّية الملغى فيه الخصوصيّات عندهم هو الدّرهّم والدّينار مثلاً، أعني القيمة، فادائه في صورة التعذّر دفع قيمته، فلاينا في وجوب دفع القيمة مع بقاء المثل في العُهدّة كما في القرض، إذ لا شبهة أنّ الثّابت في القرض على الذمّة ليس إلّا خصوص المثل فيجب فيه دفع المثل بخصوصه في صورة التمكن، وأما في صورة التعذّر فلا يجب إلّا دفع القيمة، وليس دفع القيمة حينئذٍ عند العرف مسقطاً لما يثبت في الذمّة، أو لأجل انقلاب ما في ذمّته عندهم، بل لكونها اداء له في هذه الحالة كما لا يخفى.

فلايتوهم: أنّه يلزم على ما ذكرنا جواز مطالبة المالك القيمة في صورة التمكن، بالغاء الخاصيّة ورفع اليد عنه، فليس للضّامن الامتناع عنها لكونها، حقّاً له بعد الغائه الخاصيّة، لأنّا قد ذكرنا أنّ دفع القيمة في صورة التمكن ليس اداء للمثل عند

العرف، وأما هي اداء في صورة التعذر، وليس الواجب على الضامن إلا اداء حقّه، وذلك نظير امتثال الأوامر، إذ قد يكون الامتثال في صورة التعذر على نحو لا يكون ذلك امتثالاً في صورة التمكن، فعلى هذا يجوز للمالك مطالبتة بدفع القيمة عند الاعواز، لانحصار حقّه بها حينئذٍ، وليس له الامتناع عنه بعد فرض كونه اداءً لحقّه، ويستقيم التمسك عليه حينئذٍ بأدلة نفي الضرر<sup>(١)</sup>، لأن تأخيرها عن المطالبة ضررٌ على المالك، والمفروض أنها حقّه فينفية أدلة نفي الضرر.

ثم لا يذهب عليك أننا قد استظهرنا من الآية - نظير العرف - من أنها لا تدلّ إلا على الترخيص في الاعتداء بخصوص المثل فيما له مثل، ويستلزم ذلك اشتغال ذمّة المعتدي به خاصّة، وكذا الترخيص في الاعتداء بالقيمة في القيمي، لكونها أقرب إلى التالف من غيرها لمماثلتها له في المائيّة، كما أنّ المثل في المثلي أقرب إليه من حيث الذات والخصوصيّات، ولا إطلاق لها بالنسبة إلى ما بعد زمان إثبات المثل والقيمة، فعلى هذا يشكل التمسك بها لإثبات جواز مطالبة المالك كما لا يخفى.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أعني من بقاء المثل على الذمّة بعد الاعواز، وأنّ دفع القيمة اداء له عند التعذر وبدلٌ عنه في هذا الحال، أنّ العبرة بقيمة المثل حين الدّفع، إذ لا يعقل أن يكون اداء قيمة شيء آخر اداءً لمائيّة المثل، فظهر بذلك ضعف غيره من الاحتمالات المذكورة في المسألة، وحاصل جميعها أنّه:

أما أن نقول: باستقرار المثل في الذمّة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه تبعاً للأكثر على ما حكى عنهم من اعتبار القيمة يوم الاقباض.

وأما أن نقول: بصيرورته قيميّاً عند الأعواز، فاذا صار كذلك:

فأما أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمّة قيميّ، فيكون القيميّة صفة للمثل، بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته، وتلفه عبارة عن اعوازه وعدم التمكن من تسليط

١ - ومقتضى كونها من مراتب الاداء، جواز الزام الضامن بقبوله القيمة، ويحصل فراغ ذمّته كما هو كذلك في القيمي، فتأمل (منه رحمه الله).

المالك على عين حقه الذي هو عبارة عن عين ماله وما يائله في الخصوصيات، فوجود المثل حينئذ بمنزلة بقاء العين في القيمي.

والحاصل: أن كل فرد من أفراد المثليات مثلي، بمعنى أنه لو تلف هذا الفرد وجب مثله، ووجوب المثل عبارة عن انتقال الحق عن خصوص الفرد التالف إلى الكلّي بالغاء الخصوصية، فوجب إيجاده في ضمن فرد من الأفراد اداءً للحق، وهذا الكلّي قيمي، بمعنى أنه بعد صيرورته ملكاً للمالك في ذمة الضامن لو تلف هذا الكلّي، وقد عرفت أن تلفه عبارة عن اعوازه، وعدم قابليته لتسليط المالك يجب قيمته، إذ لا مثل للكلّي، وصيرورة الكلّي قيمياً ليس لأجل التعذر، بل هو كذلك دائماً، غاية الأمر أنه في صورة التمكن لا يصدق التلف، فيكون بمنزلة وجود العين في القيمي، فافهم.

وامّا أن نقول: إن التالف انقلب قيمياً.

أو نقول: إن الجامع بين العين والمثل قيمي، بمعنى أن الذمة اشتغلت برده بعد غصب العين، وهو أن يتحقق بردّ العين، أو بردّ المثل، مثلاً لو غصب مناً من الحنطة ضمن كلياً يتحقق في ضمن هذا الفرد، أو في ضمن أمثاله من الأفراد اشتغلت ذمته به، فيجب ردّ ذلك الجامع، أعني مطلق الحنطة الذي يشمل اللابشرط منها، وما هو بشرط لا، بحيث لا ينافي الإلزام بلزوم ردّ العين ما دام باقياً، وذلك ما دام متمكناً من الرد، ولكنه يجب أولاً ردّ الفرد الذي هو ماله، فان تعذر عنه يجب ردّه بإيجاده في ضمن فرد آخر، ومعنى ضمانه أنه لو تلف لوجب عليه الخروج عن عهده، وقد عرفت مراراً أن تلفه عدم قابليته لتحقيقه في ضمن الأفراد في الخارج لأجل الأعواز، وخروجه عن العهدة إنما يتحقق ببذل القيمة إذ لا مثل للجامع في الخارج، وما وجد منها فهو مصداقه لا مثله.

وملخص ما ذكرنا اما أن نقول: بأن المثل قيمي، أو التالف قيمي عند التعذر،

أو الجامع، وعلى كل تقدير أمّا أن نقول بأنّ العبرة في القيمي بقيمة يوم الغصب، أو قيمة يوم التلف، أو أعلى القيم، فهذه تسعة احتمالات كلّها على القول بصيرورته قيميّاً، فاذا انضمّ إليها ما اخترناه سابقاً من بقاء المثل على الذمّة تصير الاحتمالات عشرة كاملة، ولكنّه يتطرّق حينئذٍ احتمال آخر وهو اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم دفع المثل.

ولكنّه لا يخفى أنّ بعضها يتصادق مع بعض في القيمة المعتبرة، لأنّ مرجع اعتبار قيمته يوم تلف العين، واعتبارها في يوم غصب المثل الذي هو عبارة عن مجيئه في الذمّة إلى أمر واحد وهو الاعتبار بقيمة يوم الضمان بالمثل.

إلا أن يقال: إنّ اعواز المثل في المثلي بمنزلة تلف العين في القيمي، لأنّ المناط قيمة يوم الانتقال إلى القيمة وهو يوم اعواز المثل، وحينئذٍ يتّحد هذا أيضاً مع كون القيمة وصفاً للمثل، وكون الاعتبار فيه بقيمته يوم التلف، لأنّ تلف المثل أيضاً اعوازه، فليس هذا الاحتمال اعتباراً مغايراً لهذين الاعتبارين، ولذا لو قلنا بأنّ الاعتبار بقيمة يوم الغصب لا يتفاوت الحال في اعتبار قيمة يوم الغصب بصيرورة التآلف قيميّاً، أو بأنّ الجامع قيمي، لالتّحاد زمان الغصب فيهما، وكذا لا يختلف الأمر لو قلنا بأنّ المعتبر يوم التلف، سواء قلنا بأنّ المثل قيميّ أو الجامع قيميّ، لأنّ تلف كلّ منهما عبارة عن اعواز المثل، بل المتّجه اعتبار قيمة يوم الاعواز لو قلنا بصيرورة التآلف قيميّاً، لما عرفت وجود المثل في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي، فعلى هذا يتصادق الاحتمالات الثلاثة في الاعتبار بقيمة يوم الاعواز فيرجع الاحتمالات التسعة المذكورة إلى ستّة:

أحدها: الاعتبار بقيمة يوم غصب العين.

ثانيها: الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

ثالثها: الاعتبار بقيمة زمان الضمان بالمثل.

رابعها: الاعتبار بأعلى القيم من حين زمان المثل إلى يوم اعوازه.

خامسها: الاعتبار بقيمة يوم الاعواز.

سادسها: الاعتبار من يوم الغصب إلى يوم اعواز المثل.

ولأجل ما ذكرناه لم يذكر شيخ مشايخنا (قدّس الله روحه) في مكاسبه على فرض صيرورته قيمياً إلا هذه الاحتمالات الستة.

ويمكن أن يناقش فيه أيضاً: بإرجاع الاحتمال الثاني، أعني الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التّلف إلى الاحتمال السادس، أعني الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأعواز، لما ذكره رحمته فيما بعد من أنه لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من زمان الغصب إلى حين التّلف كما عليه جماعة من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الأعواز، فيرجع الاحتمالات إلى خمسة<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يخفى أن بعض هذه الاحتمالات ضعيف في الغاية، فلا يجوز الرّكون إليه وأخذه مدركاً للحكم، مثل اعتبار أعلى القيم من زمان الضّمان إلى زمان التّلف، لأنّ مدرك هذا الاحتمال هو الالتزام بضمان ارتفاع القيمة من زمان اشتغال الذمّة بالمثل،

١ - ويمكن أن يجاب عن المناقشة: بأنّ ما ذكره رحمته ما هو مقتضى التّحقيق، ولا ينفي هذا احتمال اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

وبعبارة أخرى إنّ اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم اعواز المثل احتمال مغاير لاحتمال أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين بحسب الظّاهر، مع أنّه يمكن القول به، غاية الأمر أنّه على خلاف التّحقيق.

ولا يتوهم أن عدم ذكره رحمته احتمال اعتبار قيمة يوم تلف العين لأجل تصادقه على قيمة يوم اعواز المثل، بقرينة قوله فيما بعد (فيما إذا قلنا بصيرورة المغصوب قيمياً)، فعلى القول باعتبار يوم التّلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّي رحمته وهو اعتبار تعدّد المثل على ما حكاه عنه سابقاً، لأنّ هذا الاحتمال على أيّ حال ليس احتمالاً مغايراً للاحتمالات السابقة، ولو بحسب الصّورة، لأنّه بمقتضى التّحقيق يرجع إلى اعتبار قيمة يوم الاعواز، وبحسب الظّاهر مصادق مع احتمال اعتبار قيمة يوم ضمان المثل، وكلاهما مذكوران في جملة الاحتمالات، فليس لعدّه احتمالاً مغايراً لها وجه بخلافه فيما نحن فيه، فافهم (منه رحمه الله).

لأنَّ الضَّامَنَ في كُلِّ آنٍ على هذا القول يجب عليه الخروج عن عهدة مَالِيَّةِ المثل فيشتغل ذمَّتُه، بها وردَّ المثل مسقط لما في الذمَّة، وهذا المدرك بعينه موجود حين بقاء العين، لأنَّ من قال بأعلى القيم في القيمي لا بدَّ من أن يقول إنَّ إثبات اليد على ملك الغير موجب لاشتغال ذمَّتُه بقيمته في كُلِّ آنٍ ما دام العين باقيةً، ولكنَّ الأعلى والأدون متداخلان، ففي آنٍ يضمن أعلى القيم أعني زيادة القيمة السابقة، ونفس القيمة اللاحقة، وردَّ العين مسقط لما في الذمَّة، ومن قال بهذه المقالة لا يتفاوت الحال عنده بين أن يكون الملك قيميًّا أو مثليًّا، غاية الأمر أنَّ القيمة الثابتة في الذمَّة تسقط في المثلي أمَّا بردَّ العين أو المثل، والتفرقة بين المثلي والقيمي، بأنَّ القيمي لما كانت مَالِيَّتُه ملحوظة في نظر العرف فيضمنها بخلاف المثلي إذ ليس الملحوظ فيه إلَّا أوصافه الدَّاتِيَّة فلا يضمن القيمة فيه، وأمَّا نفس المثل فهو قيميٌّ لكونه كليًّا كما عرفت ممَّا لا يبتغي الرِّكون إليها، إذ المثلي والقيمي حين وجود العين كلاهما في نظر العرف، غاية الأمر أنَّهم بعد تلف القيمي يلاحظون مَالِيَّتُه لأجل التعلُّدِّ عن أداء المثل فيه، والقائل باعتبار أعلى القيم يقول بأنَّه لا بدَّ أن يكون أعلاها لتفويته على المالك، وهذا يقتضي أن يكون في القيمي عند وجود العين باعتبار زائد في نظرهم. نعم وجود المثل في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي، فلا بدَّ أن يكون الملحوظ حين اعواز المثل أعلى القيم من حين غضب العين إلى زمان اعواز المثل على هذا القول، لتفويته إيَّاهَا على المالك.

وكيف كان، فلا ينبغي التأمُّل في أنَّ الأنسب بناء على القول بالانقلاب والاعتبار بأعلى القيم الاعتبار بأعلاها من حين الغضب إلى يوم الاعواز، وأنَّ التفكيك بين بقاء العين وتلفها بالاعتبار فيما بعد التَّلَف في غاية الضَّعف، كاحتمال اعتبار أعلاها من يوم التَّلَف إلى زمان الدَّفْع، بناءً على بقاء المثل في الذمَّة حين التعلُّدِّ، وكذا من يوم التعلُّدِّ إلى يوم الدَّفْع، أو يوم المطالبة، وغير ذلك من الاحتمالات، ولأجل ذلك لم يذكرها شيخ مشايخنا رحمته عند ذكر الاحتمالات ولم

نذكرها تبعاً له .

ومن الأمور المتفرعة: أنه لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، يجب قيمته، فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة، وقد عرفت أنه مما ينطبق عليه حكم العرف، ومقتضى اطلاقات الضمان وكول الأمر إليه، فالمرجع حينئذ هو العرف، وقد تبين فيما تقدم أن حكم العرف بلزوم دفع القيمة إنما يكون في كل مورد كان للتالف أوصاف باطنية خفية لا تُعرف غالباً مثل البغل والعبد وغير ذلك من القيميات، واختفاء الأوصاف هو السر في الحكم باعتبار المالية فيها في الخروج عن عهدها دون المائلة الذاتية إذ هي غير مبيّنة.

فلايتوهم: أنه في البغل والعبد وكذا نظائره كثيراً ما يوجد الأمثال، إذ ربما يوجد في مائة بغلة مثلاً أزيد من عشرة متساوية من حيث القيمة، فاللزام أولاً دفع البغل المائل للتالف من حيث الذات والمالية، لأن الذات من حيث خصوصياتها الذاتية غير مبيّنة، ومعلوميتها إنما يكون باعتبار ماليتها لا باعتبار خصوصيتها الشخصية، والمعتبر فيها هو الخروج عن عهدة ماليتها.

وأما المائلة الصورية الظاهرية، فلا يكفي في الخروج عن العهدة، لعدم الأمن من الغرر، لكثرة اختلاف الأوصاف الخفية الغير المعلومة، فالأمر المنضبط فيها المائلة في المالية فيها، ولو فرض كون دفع البغل المائل للتالف صورة وقيمة خروجاً عن عهدة التالف عند العرف، فذلك أيضاً إنما يكون لأجل كونه خروجاً عن عهدة ماليتها دون خصوصيته، لعدم كون الخصوصية في مثاله ملحوظة، لما عرفت من عدم انضباطها حتى تكون مناطاً للحكم، فافهم.

ويدل عليه: الاعتداء أيضاً بالتقريب المتقدم، فهذا الحكم مع الغض عن الإجماع لا إشكال فيه. نعم قد يشكل في بعض المصاديق تمييز الصغريات ومعرفة كونه مثلياً أو قيمياً مثل مسألة الكرباس والكتب المنطبعة ومسألة العبد إذا كان في الذمة وغير ذلك من المصاديق، حيث أنها في نظر العرف من المثليات، لما عرفت أن



الملاك عندهم فيها ظهور الحال وعدم اشتغالها على الأوصاف الخفية، والمفروض أنها كذلك، مع أن الظاهر من المشهور خلافه.

ولكنك قد عرفت فيما سبق أن الأقوى في الأولين وكذا نظائرهما كونه مثلياً، بل لا يبعد خروج هذه الأمثلة عن مورد كلام المشهور، حيث ذكروا أن الثوب مثليّ إذ لا يبعد دعوى انصراف الثوب إلى المخاط منها وما يصلح لكونه ملبوساً فعلاً، لا مثل الكرباس وبعض المصنوعات الأخر التي يماثل بعض منها بعض الآخر، وقد استظهرنا كونها مثلياً مضافاً إلى دعوى مساعدة العرف عليه، مما دلّ على كون الدرهم والدينار مثلياً، ووجوب ردّ مثل ما استدين بعدما أسقطها السلطان.

وأما مسألة العبد فنلتزم بالتهاثر القهري في هذه الصورة، أعني فيما لو كان في ذمة الضامن عبداً متّصف بصفات التالف، فما أوردوه إلزاماً على القائل بكون المرجع هو العرف نلتزم به، ومخالفة المشهور بعد تسليمها لا محذور فيها، بعد مساعدة البرهان عليها، مع إمكان دعوى عدم إرادتهم هذه الصورة لكونه فرداً نادراً، مع أننا لا نقول بكونه مثلياً أيضاً ولو في هذه الصورة، بل نقول إن العبد مطلقاً قيميّ، وأن المناط في حكم العرف بوجوب دفع المثل في المثلي والقيمة كون المثل في المثلي وكذا القيمة في القيمي أقرب إلى التالف، ولا شبهة أنه لا شيء أقرب إلى التالف مما هو في ذمة المالك، بعد انطباق أوصافه عليه، لا لأجل مماثلته للتالف حتى يقال إنه مثلي في هذه الصورة، بل لأجل كونه مصداقاً لما في ذمته، لأنه لو كان موجوداً كان للمالك تعيين ما في ذمته في ضمنه وإلزامه الضامن بقبوله لكونه حقاً له، واتلاف الضامن إياه استيفاءً لحقه الذي كان ثابتاً في ذمة المالك، وهذا بعد معلومية المناط لا ينافي القول بكون العبد قيميّاً مطلقاً، وكذا غيره من القيميات، وذلك نظير ردّ العين المقرضة لا بعنوان كونه فسخاً للقرض بل بعنوان كونه اداء عمّا في الذمة وجواز إلزام الدائن بقبولها إذا قلنا بأن القرض تمليك العين بازاء ما يماثله باستقرار خصوص المثل في ذمة المقرض، إذ من البين جواز ردّ العين المقرضة، وإلزام

الدائن بقبولها لا لأجل جواز فسخه، وأن ردّ العين فسخ لعقد القرض، بل يجوز ردّه بعنوان أنّه اداء لحقه وخروج عن عهدة ما استقرّ في ذمته. والسّر في ذلك أنّ القرض على هذا القول وإن كان بمفهومه اللفظي عبارة عن التّملك بعوض ما يستقرّ في ذمة المقترض من خصوص المثل، إلّا أنّ خصوصيّة المثل ملغاة في نظر المتعاقدين في ذلك العقد والتغاير المتحقّق بين المثل والعين غير مقصودة ولا ملحوظة نوعاً، بل المقصود من ذلك العقد هو تملك المقترض العين على نحو يخرج عن عهدها ولا يبقى مكانها خالياً، وشغل المكان كما يحصل بدفع المثل كذلك يحصل برّد الأصل، فالملاك كلّ الملاك هو شغل المكان وعدم بقائه خالياً، وكون التّملك عنده مجّاناً، وهذا يتحقّق برّد العين، ولذا لا يلتزم القائل بهذا القول بجواز الإلزام بخصوص المثل وعدم قبول العين مع أنّ مقتضى ظاهره كذلك.

وبعبارة أخرى: أنّ اعتبار خصوص المثل في القرض لأقربيه إلى العين المقترضة، وإذا كان الأمر كذلك، وكان للمقترض إلزامه بقبول المثل تحصيلاً لفراغ ذمته، لاشبهة أنّ جواز إلزامه بقبول نفسها أولى، تحصيلاً له إذ لا أقرب منها إلى نفسها. هذا إذا قلنا بأنّ مفهوم القرض ما ذكرنا.

وأما إذا قلنا بأنّ القرض هو عبارة عن تملك العين على نحو يُخرج المقترض عن عهدها ولا يبقى مكانها خالياً، فلا يكون نظيراً لما نحن فيه، لأنّ ردّ العين حينئذٍ ممّاه يتحقّق نفس المفهوم بخلاف الأوّل، لأنّه بناء عليه من تحقّقات المناط والمقصود لا المفهوم كما عرفت.

ثمّ أنّه قد استدلّ على ضمان القيمي بالقيمة، مضافاً إلى الإجماع والآية، بإطلاقات روايات:

منها: ما دلّ على أنّه إذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلو لا ضمان التّالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدّين بمجرد ضمان التّالف. ولكنّه لا بدّ في تماميّة الاستدلال من أن يقال:

إنَّ الغالب في الدَّين كونه من جنس التَّفدين، وفي الرَّهن كونه من القيَميّات، مثل الدَّار والثَّوب وغير ذلك، وأنَّ الرِّواية واردة في تلك الموارد، والموارد التي يكون الرَّهن والدَّين من جنس واحد<sup>(١)</sup>، وإلاَّ ففي كلِّ مورد لا يكون الدَّين ممَّا ذكر سقوطه عن الذِّمَّة قهراً بالتَّلَف مشكل، بل لا أَظُنُّ أحداً يلتزم به، فلا بدَّ حينئذٍ من حمل الرِّواية على معنى مناسب، ولا ينفع للاستدلال كما لا يخفى.



## [في معنى ضمان العين]

الكلام في أنّ العبرة بقيمة يوم التّلف ، أو يوم الغصب ، أو أعلى القيم ؟  
فنقول مستعيناً بالله : إنّ مقتضى القاعدة بحسب إطلاقات الضّمان ، مع قطع  
النّظر عن الأدلّة الخاصّة الواردة في بعض المقامات ، مثل رواية البغل هو الاعتبار  
 بقيمة يوم التّلف ، كما ذهب إليه الأكثر على ما حُكي ، إذ الضّمان بحسب متفاهم  
 العرف عبارة عن تدارك الشّيء والخروج عن عهده لو تلف ، ومعنى الخروج عن  
 عهده لو تلف ، تقديره كأن لم يتلف ، وذلك يتحقّق بشغل مكان التّالف بوضع المثلي  
 في مكانه لو كان مثلياً والقيمة إن كان قيميّاً ، والقيمة الشّاغلة لمكان التّالف لا يكون  
 إلّا القيمة الثّابتة له حين التّلف ، إذ لو كان قيمته يوم التّلف مساوية لعشرة دراهم  
 وكانت في يوم الغصب موازية لخمسة لا يتحقّق شغل المكان بدفع الخمسة ، لعدم  
 صيرورته كأن لم يتلف ، ضرورة اعتبار التّسوية في الصّدق ، إذ لو كان العين  
 موجودة لكانت مساوية للعشرة ، فلا يصدق الفرض حين انتفاء المساوات ونقصان

المدفوع عن قيمة يوم التَّلف.

وأما لو كان قيمتها زائدة قبل يوم التَّلف عنها في يوم التَّلف، كأن كانت قبل يوم التَّلف عشرة وفيه خمسة، فلا ريب في صدق الفرض، أعني صيرورته بمنزلة لا تلف بدفع الخمسة، إذ لو فرضنا وجوده لا يزيد عليها قيمته.

إن قلت: إنَّ ارتفاع قيمتها أيضاً مضمونة كنفس العين، لأنَّه أُلْفها عليه وأخرجها عن تحت سلطنته، فلا بدَّ من الخروج عنها حال الإرتفاع فالمعتبر حينئذٍ هو أعلى القيم من حين النصب إلى زمان التَّلف.

قلت: ارتفاع القيمة السوقية ونقصانها ليس جزءاً ولا وصفاً متأصلاً لها حتَّى أُلْفها، بل هو أمر اعتباري منتزع عنها يختلف باختلاف الأوقات والامكنة، فالتألف ليس إلَّا نفس العين، فيجب الخروج عن عهدها فقط دون ارتفاع قيمتها، ولذا لو كان العين باقياً لا يجب عليه إلَّا ردَّ العين وإنْ نقص قيمته السوقية، وكذا لو كان مثلياً لا يجب إلَّا دفع المثل بعد التَّلف، سواء ساوى قيمته للتألف أم زاد أو نقص، كما تبين سابقاً.

إن قلت: مقتضى ذلك وجوب ردِّ المثل في المثلي دون القيمة إذ أخرج المثل عن المالِية كالماء على الشاطئ والتَّلج في السَّناء، مع أنَّه خلاف ما ذكرته سابقاً من الانتقال إلى القيمة حينئذٍ.

قلت: قيمة العين وإن كانت أمراً اعتبارياً، إلَّا أنَّها مقومٌ لماليتها وبها يتمايز الأموال قلةً وكثرةً، فبخروجها عن صلاحية الاتِّصاف بهذا الوصف الاعتباري الانتزاعي يخرج له العين عن كونه مالاً له، فالغاصب أخرج المال عن مالِيته فصير المالك بلا مال، فكأنَّه أُلْفها عليه، فكان بمنزلة تلف نفس العين، فيجب عليه الخروج عن عهده، وهذا بخلاف ما نحن فيه، لعدم خروج العين عن المالِية في المقام، نعم قد يتمسك لإثبات أعلى القيم بأدلة نفي الضَّرر.

وتقريب الاستدلال: أن القيمة وإن كانت أمراً اعتبارياً ولكنها مقوم للمالئة كما ذكر، فبتقصانها ينتقص العين من حيث المالئة، وهو ضرر على المالك نشأ من فعل الغاصب، أعني إخراجه عن تحت سلطنته وحبسه عن التصرف فيه حين ارتفاع القيمة، فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى إطلاق نفي الضرر. ولا يخفى أن الاستدلال بها مبني على القول بدالاتها على نفي الضرر في الشريعة مطلقاً، من غير فرق بين الأحكام الجعلية والتقريرية، بمعنى أنها تدل على نفي الضرر في الشريعة من حيث الأحكام نفيًا وإثباتًا، كما هو الظاهر منها، وأما على القول بعدم دلالتها إلا على نفي الضرر في الأحكام المجعولة من قبل الشارع فلا يصح الاستدلال بها، لأن عدم الحكم بالضمان ليس من الأحكام الجعلية، ولا يحتاج في الحكم بعدم إلى جعل حكم، إذ عدم الجعل يكفي في الحكم بعدم.

اللهم إلا أن يقال - كما ذهب إليه شيخ مشايخنا رحمه الله - على فرض تسليم اختصاصه بالجعليات، من أن نفي الضرر في الأحكام الجعلية مغن عنه في غير المجموعات، إذ كل حكم ضرري غير مجعول يستلزم حكماً تكليفيًا ضرريًا كما فيما نحن فيه، إذ لو لم يحكم في هذا المورد بالضمان، لكان أخذ المال الزائد عن قيمته يوم التلف حراماً، ولا شبهة أن حكم الشارع بالحرمة في هذا المورد ضرري تنفيه الأدلة من غير احتياج إلى تعميمها، إذ بعد نفي الحرمة يثبت الجواز المستلزم لاشتغال ذمة الضامن، كما لا يخفى.

ولكنه لا يخلو عن نظر، إذ ليس الضرر الثابت في المقام مستنداً إلى الحكم بالحرمة حتى يكون الحكم بها حكماً ضررياً، بل هو مستند إلى عدم الضمان ومسبب عنه، كما أن الحرمة أيضاً كذلك، فالضرر إنما نشأ من البناء على عدم الضمان وتقدير الشارع إياه، ويستتبعه الحرمة<sup>(١)</sup>.

وقد يناقش في الاستدلال: بمعارضة نفي ضرر الضامن، ضرورة كون الحكم بلزوم دفع القيمة الزائدة ضرراً على الضامن، كما أنّ عدم ضمان الضامن بها ضرر على المالك، ولا أولوية لإدخال أحد الضررين تحت العام دون الآخر، ضرورة تواطئ ما صدق عليهما، وتقدّم أحدهما في الوجود غير موجبٍ للتشكيك في الصّدق كما لا يخفى. وبعد التعارض يسقط الدليل بالنسبة إليهما عن الاعتبار، لعدم إمكان العمل به فيهما، وعدم الترجيح في العمل بأحدهما بعد مساواة الصّدق.

وتوهم: كون الضامن مُقَدِّماً على الضرر بنفسه فلا يكون منفياً، إذ ليس منشأ حكم الشارع، بل الضامن بنفسه أضرّ على نفسه.

مدفوع: بأنّ الضامن لم يُقَدِّم إلّا على أكل المال، وليس الضمان إلّا لأجل الشارع بوجوب التدارك، وكثيراً ما لا يعرف الضامن هذا الحكم أيضاً، ولا يلتفت إليه حتّى يُقَدِّم إليه، كما في المأخوذ بالبيع الفاسدة بالنسبة إلى أغلب العوام، خصوصاً في أمثال المقام، أعني لا يثبت فيه الحكم بالضمان، حيث أنّ الحكم بضمان الأعلى غير معلوم، بل هو أوّل الكلام، كاندفاع توهم عدم صدق الضرر بالنسبة إلى الضامن، لأنّ دفع حق الغير لا يُعدّ ضرراً.

وجه الإندفاع: ما عرفته من أنّ ثبوت الحقّ عين المتنازع فيه، نعم بعد إثباته لا يصدق الضرر عرفاً.

إن قلت: لو قلنا بشمول القاعدة لنفي ضرر الضامن يلزم التخصيص فيها بالنسبة إلى المالك، لصدق الضرر عليه عرفاً، وعدم الحكم بلزوم جبرانه، لما عرفت من عدم إمكان شمولها لهما معاً.

وأما إذا قلنا بدلالتها على نفي ضرر المالك، فلا يلزم تخصيص أصلاً، بل يخرج ضرر الضامن عن كونه ضرراً، إذ بعد الحكم بوجوب تدارك ضرر المالك على الضامن، يثبت في ذمّة الضامن ما به يتدارك ضرره، ويصير المتدارك به حقاً له، ولا شبهة أنّ أداء الحقّ ليس من الضرر في شيء، فيكون ذلك من باب التخصّص لا

التّخصيص، والتّخصّص أولى من التّخصيص لما تبين في محله، فيجب الحمل عليه، نظير قاعدة (لا تنقض) في شمولها للشك السببي والمسببي.

قلت: أولوية تقديم التّخصّص على التّخصيص فرع الإمكان، وقد عرفت صدقه على أحدهما في مرتبة لم يصدق فيها الآخر لكونها في عرض واحد من حيث الصدق. نعم يتم ذلك لو كان صدق الضرر على المالك مقدّمًا بحسب المهية لا من حيث الوجود الخارجي من صدقه على ضرر الضامن. وقد ذكرنا أنّ صدقه عليها على سبيل التواطى لا التشكيك.

وبهذا ظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاستصحاب، لأنّ شمول قاعدة (لا تنقض) للشك المسببي مستلزمٌ لخروجه عن تحتها لعدم معقولية دخوله تحت القاعدة مع خروج الشك السببي عنها، لاستلزامه الطفرة التي قضت الضرورة بطلانها، لأنّ تحقّق المسبب فرع ثبوت السبب، فثبوت السبب من حيث الذات مقدّم على ثبوت المسبب، فصدق الشك على السبب مقدّم من حيث الذات من صدقه على المسبب فاندراج المسبب تحت المفهوم فرع اندراج السبب، والمفروض أنّ اندراج السبب تحته في تلك القاعدة مستلزمٌ لخروج المسبب عنها، فظهر أنّ صدق الشك على المسبب قبل صدقه على السبب مستلزمٌ للطفرة.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ قياس ما نحن فيه بالقاعدة قياس مع الفارق<sup>(١)</sup>. والجواب عن المناقشة: بأنّها مسوقة في مقام الإمتنان على العباد، ورفع ضرر الضامن منافٍ للإمتنان، فسوقها في هذا المقام قرينة على إرادة الأفراد التي في رفعها امتنان، ولا محذور حينئذٍ، فمقتضى هذه القاعدة لزوم دفع أعلى القيم، ولكنّ التمسك

١ - ولا يتوهم أنّ ضرر الضامن مسبّب عن ضرر المالك، فيصير نظير القاعدة، لأنّ كون دفع المال للخروج عن العهدة ضرراً ليس مسبباً عن ضرر المالك، بل هو ضررٌ مطلقاً سواء تضرّر المالك أم لا. نعم صدق مفهوم الخروج عن العهدة يتفرّع عليه، ولكنّه لا ربط له بالمقام، كما لا يخفى.



بها في المقام مشكل لما يتناه في محله من أن التمسك بأمثال هذه العمومات ممّا علم إجمالاً بورود التخصيصات عليها في غير الموارد التي تمسك العلماء الفحول من المتقدمين بها مشكل، ولم نقف على من تمسك من المتقدمين لإثبات أعلى القيم بها، وكل من قال به تمسك بدليل آخر، وتمسك بعض متأخري المتأخرين له بها غير نافع في خروج المورد عن أطراف الشبهة كما لا يخفى.

وقد يتمسك لإثبات أعلى القيم بإطلاقات الضمان، لما عرفت من أن معناه الخروج عن العهدة، أنه لو تلف لكان عليه قيمته، وهذه القضية التعليقية ثابتة في جميع آفات العصب، ومقتضى ثبوتها في زمان ارتفاع القيمة تنجز هذه القيمة بعد التلف، لتحقق التلف الذي كان وجوب أداء تلك القيمة معلقاً عليه، وأما تنزّل قيمتها بعد ذلك الزمان فلا ينفع بعد ثبوت هذا المقدار من المائلة له.

وقياس هذه الصورة على صورة بقاء العين، حيث أن عدم ضمان ارتفاع القيمة فيها إجماعية، قد ظهر ما فيه، لأن الضمان فرع ثبوت التلف، وهو غير صادق في تلك الصورة.

وفيه: أن مقتضى إطلاق الضمان هو وجوب دفع قيمة العين التالفة، وصيرورتها كأن لم يتلف، وقد عرفت أنه يصدق بدفع قيمة يوم التلف، والقيمة الثابتة لها في وقت من الأوقات، فلا دليل على وجوب دفعها، وإنما الواجب أداء قيمة هذه العين بعد تلفها، لا هذه القيمة الثابتة لها في زمان من الأزمنة. ولاريب أنه يصدق على من دفع قيمة يوم التلف أنه دفع قيمة هذه العين، ولا دليل على وجوب دفع الزائد عنها، فالأصل براءة ذمة الضامن عما زاد.

وإستدل على هذا القول: أعني اعتبار أعلى القيم بأصالة الاشتغال، لإشتغال ذمة الضامن، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى، بمعنى أنه لا يحصل القطع بالبراءة، لا أنه لا يحصل البراءة قطعاً، ومعلوم أن الاشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية. وقد يجاب: بأن الأصل في المقام البراءة حيث أن الشك في التكليف الزائد.

أقول: إجراء البراءة في المقام مبنيٌّ على أن يكون متعلّق التّكليف خصوص دفع القيمة في القيميّات، لأنّ تعلق التّكليف بالزائد عن قيمة يوم التّلف مشكوكٌ مدفوع بالأصل.

ولكن يُمكن أن يقال: إنّ الاستفادة من أدلّة الضّمان هو الخروج عن عهدة التّالف، فيكون متعلّق التّكليف هو هذا المفهوم المُبين المرّدّ مصداقه بين الأقلّ والأكثر، وأنّ الأمر بدفع القيمة في بعض القيميّات - كما ورد في بعض الأخبار الخاصّة - أنّما هو لأجل انطباقه على ذلك المفهوم، لا لأجل كونه بخصوصه مأموراً به، بل المأمور به في الحقيقة هو ذلك المفهوم، أعني الخروج عن عهدة التّالف، ويكون القيمة المأمور بدفعها في هذه الموارد من محقّقاته، وعلى هذا فليس المشكوك مجرئاً للبراءة، بل من موارد جريان قاعدة الاشتغال كما تبين في محله.

واستدلّ: على إثبات الاعتبار بيوم الغصب بصحيحة أبي ولّاد، فاللّازم أولاً نقل الصّحيحة ثمّ التكلّم في دلالتها على المطلوب.

فنقول مستعيناً بالله: روى الشيخ رحمه الله في الصّحيح عن أبي ولّاد قال: «إكترتُ بَعْلًا إلى قَصْرِ بَنِي هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًا بِكَذَا وَكَذَا، وَخَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي، فَلَمَّا صِرْتُ قَرَبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ خُبِّرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ، فَتَوَجَّهْتُ إِلَى نَحْوِ النَّيْلِ، فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ خُبِّرْتُ أَنَّهُ تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ، فَاتَّبَعْتُهُ وَظَفَرْتُ بِهِ وَفَرَّغْتُ مِمَّا بَيْنِي وَبَيْنَهُ، وَرَجَعْتُ إِلَى الْكُوفَةِ، وَكَانَ ذَهَابِي وَجِييءَ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا، فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعَذْرِي، وَأَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ فِيمَا صَنَعْتُ وَأَرْضِيَهُ فَبَذَلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ، فَتَرَضِينَا بِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَخْبَرْتَهُ بِالْقِصَّةِ وَأَخْبَرَهُ الرَّجُلُ.

فقال لي: ما صنعت بالبغل؟

قلت: أرجعته سليماً.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً.

قال: فما تريد من الرجل؟

قال: أريد كرايتي، فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً.  
فقال: إني ما أرى لك حقاً، لأنّه اكتراه إلى قصر بني هُبيرة، فخالف فركه إلى  
التّيل، وإلى بغداد، فَصَمَن فيه البغل وسقط الكراء، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم  
يلزم الكراء.

قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو  
حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحلّلت منه، وحجبتُ تلك السّنة، فأخبرتُ أبا عبد الله عليه السلام  
بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال عليه السلام: في مثل هذا القضاء وشبهه تُحبسُ السّماءُ مائها، وتمنعُ الأرضُ بركاتها!  
فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت جُعِلْتُ فداك؟  
قال: أرى عليك مثل كُري البغل ذاهباً من الكوفة إلى التّيل، وذاهباً من التّيل  
إلى بغداد، ومثل كُري البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إيّاه.  
قال: قلتُ جُعِلْتُ فداك! علفته بدراهم فلي عليه علفه.

قال عليه السلام: لا، لأنّك غاصب!  
قلت: أرايت لو عَطَبَ البغل، أو نفق أليس كان يلزمني؟  
قال عليه السلام: نعم قيمةُ بغل يوم خالفته.  
قلت: فإن أصابَ البغل عَقْرُ أو كَسْرُ أو دَبْرُ؟  
قال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم ترده عليه.  
قلت: فمن يعرف ذلك.

قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو فيلزمك، وإن ردّ عليك اليمين فحلفت على  
القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهودٍ يشهدون أنّ قيمة البغل حين  
إكترى كذا وكذا فيلزمك»<sup>(١)</sup> الخبر.

قوله: «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمي».

الظاهر أنه استفهام إنكاري حيث علم أن كلام أبي حنيفة ضمان البغل، وتخيل أن ضمانه لا يجتمع مع ضمان الكراء كما قال، فاستفهم بطريق الإنكار عن النفي، فأجاب عليه باللزوم، وظهر منه عدم المنافاة بينهما.

وأما ظهوره في كونه إنكارياً لمكان ليس، إذ لو كان حقيقياً<sup>(١)</sup> لكان الأنسب أن يقول (أكان يلزمي)، فقوله عليه «نعم» تصديق بما بعد النفي، فكأنه قال «يلزمك لو عطب أو نفق قيمة بغل يوم خالفته»، وكلمة «يوم» إما أنها ظرف متعلق بنعم، لاشتماله على تصديق الملازمة، لأنه في قوة أن يقال الملازمة ثابتة يوم المخالفة، والتعبير عنه بيوم المخالفة لبيان ابتداء ثبوت الملازمة، لا لإفادة اختصاصها به، إذ هي ثابتة في جميع أزمنة الغضب، فأنه لدفع ما ربما يتوهم أن ابتداء ضمان العين على فرض ثبوته من حين إثبات اليد عليها<sup>(٢)</sup> - ولو قبل زمان الغضب - فكأنه في قوة قوله «نعم» ثبوت الضمان والملازمة في وقت المخالفة، فليس خصوصية اليوم

١ - وقد يخطر بالبال أن حمل الاستفهام على معناه الحقيقي أنسب وأولى لجواز منع ظهور كلمة ليس في كونه إنكارياً، خصوصاً بعد ملاحظة المقام، حيث أن السائل استفاد من كلام أبي حنيفة المنافاة بين ضمان العين وضمان المنفعة، فلما أفتى الإمام عليه بضمن الكراء وقال إن فتوى أبي حنيفة على خلاف الصواب، علم أن حكمه بعدم الضمان على خلاف الواقع، لكنه شك في أن حكمه بالتنافي بينهما هل هو حق فيكون مقتضاه عدم ضمان نفس البغل، أو هو أيضاً على خلاف الواقع، فاستفهم منه، ولما كان المتوقع على مقتضى فتواه نفي ضمان البغل صدره بكلمة أليس.

فقوله عليه «نعم» تصديق لما بعد النفي، فيكون بمعنى بلى، لا أنه تصديق للنفي كما هو مقتضى معناه الحقيقي - على ما قيل - لانقلاب المقصود وفساد المعنى، ولو كان الاستفهام إنكارياً لكانت الكلمة أيضاً كذلك كما لا يخفى (منه رحمه الله).

٢ - فهو متعلق بكلمة «نعم» باعتبار كونه في معنى الفعل، نظير تعلق الظرف باسماء الإشارة، فهو باعتبار كونه تصديقاً لمضمون الجملة في معنى الفعل، فكأنه قال كون الأمر كذلك حق في ذلك اليوم، وقد عرفت أنه وإن كان ظرفاً إلا أنه بمنزلة من يوم كذا فتدبر (منه رحمه الله).

ملحوظة إلّا لأجل بيان ابتداء زمان الضمان، وأنه ليس قبل زمان المخالفة ضماناً، فهذا الكلام بمنزلة قولنا «إنّ العين المستأجرة ليست مضمونة إلّا بتعدّد أو تفريط»، فذكر هذه الفقرة لبيان هذا الحكم، وقوله عليه السلام «قيمة بغل» على هذا التوجيه لعله لبيان كون البغل قيميّاً.

وأما بناءً على التوجيه الآخر، وهو الذي استظهره الشيخ رحمته الله من كون اليوم قيّداً للقيمة، فوجه ذكره معلوم كما لا يخفى، ولا يصلح لأن يكون متعلّقاً بيلزمك المستفاد من تصديق سابقه كما توهم، إذ ليس لزوم قيمة البغل لو عطب في آخر أزمّة الغضب مثلاً في يوم المخالفة، بل الثابت في يوم المخالفة ليس إلّا تحقّق القضية التعليقيّة وثبوتها، لا لزوم القيمة، فليس ظرفاً لمضمون الجملة السابقة، إذ هي ظاهرة في اللزوم الفعلي، وقد عرفت فسادها.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ اليوم وإن كان في الظاهر ظرفاً، إلّا أنّه لما كان المخالفة سبباً للزوم الفعلي - على تقدير حصول العطب - ومعلوم أنّ المسبّب لا بدّ أن يتحقّق في زمان تحقّق السبّب، فلهذا كثيراً ما يعبرون عن لفظ السبّب بذكر وقت ما هو السبّب أو يومه أو زمانه، فعلى هذا قوله اللزوم في وقت المخالفة بمنزلة قوله السبّب المخالفة، وعلى هذا لا مانع من تعلّقه بقوله يلزمك، مع كونه فعليّاً على فرض تحقّق الشرط، والسّرّ في ذلك أنّ يوم المخالفة ليس ظرفاً للزوم الفعلي قطعاً، إذ مقتضاه الالتزام بكون الغضب كاشفاً عن ثبوت اللزوم في الواقع في مطلق زمان المخالفة، مع أنّ الظاهر أنّه لم يقل به أحد، وأما سببيّته ثابتة في هذا الزمان مطلقاً. وأما أنّه قيد للقيمة كما استظهره شيخ مشايخنا رحمته الله حيث قال: «الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة أمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن حتّى يتوهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل والقيمة أنما هي قيمة المثل، وأما بجعل اليوم قيّداً للاختصاص الحاصل من إضافة

القيمة إلى البغل» انتهى<sup>(١)</sup>.

قوله ﷺ: «أما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً»<sup>(٢)</sup>.

هذه العبارة بظاهرها منافية لما يذكره فيما بعد من إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، إذ البغل على هذا ليس مضافاً، بل هو مضاف إليه، فلا وجه لإسقاط حرف التعريف.

ويمكن توجيهه: بأن المراد إضافة المجموع المركب، والمقصود منها إفادة اختصاص القيمة المقيدة بكونه للبغل باليوم بوقوعه فيه، وهذا نظير ما لو قلت «حُبَّ رمانك» إذا أريد منه إفادة اختصاص الحُبِّ بك، كما أنه يفيد اختصاص الرمان حينئذٍ إسقاط حرف التعريف من البغل، لكونه من قبيل تتابع الإضافات في الصورة، وإن كان بحسب المعنى من قبيل إضافة المركب.

وقد يراد من أمثال هذا الكلام إفادة اختصاص المضاف الأول به من دون إرادة الاختصاص الثاني وإفادته، كما في قولك «هذا سُرج فرسك» وقد أردت بيان اختصاص السرج به لا الفرس. ويتضح هذا الفرض في كل مورد لا يكون له فرس أصلاً، إذ حينئذٍ أيضاً قد يعبرون بهذه العبارة.

ويمكن أن يكون مراد الشيخ ﷺ من إضافة القيمة هذا النحو من الإضافة، وفي هذا القسم أيضاً، البغل مضاف صورة نظير المثال السابق، وسقوط حرف التعريف لحفظ الصورة.

وقد يجاب<sup>(٣)</sup>: بأن المضاف هو نفس القيمة المذكورة، وأن البغل منكر منون،

١ و ٢ - كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ١٤.

٣ - وفيه: عدم جواز إضافة شيء واحد إلى سببين مطلقاً بمقتضى قواعد التحوين، حيث

ولكنه في المعنى معرفة، وأسقط عنه حرف التعريف لئلا يلزم من إضافة القيمة إلى اليوم ثانياً إضافة المعرف وتعريفه، إذ لو كان البغل معرّفاً يكتسب المضاف منه التعريف فلا يصلح للإضافة بعد ذلك، للزوم تعريف المعرف، وذلك غير ممكن بعد فرض اتحاد الجهة، وهي الإكساب من جهة الإضافة، بل غير جائز مطلقاً في الصناعة، كما هو مقتضى إطلاقاتهم، بل تصرّحهم في بعض الموارد.

وعلى كلٍّ من التقديرين الذين استظهرهما الشيخ عليه السلام تكون هذه الفقرة شاهدة على كون العبرة بقيمة يوم الغصب، ولكنه ستركّم في ظهوره إن شاء الله تعالى.

ثم ذكر الشيخ عليه السلام بعدما حكينا عنه: «وأمّا ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأنّ سؤال السائل عمّا يلزمه بعد التّلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدلّ عليه «أرأيت لو عطّب البغل أو نفق أليس كان يلزمني»، فقوله «نعم» يعني يلزمك بعد التّلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته، وقد أطنب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي» انتهى<sup>(١)</sup>.

→ يقولون إنّ الفعل الذي هو أقوى العوامل لا يصلح أن يرفع فاعلين، فكيف يمكن أن يجرّ عامل واحد معمولين بالإضافة، مع أنّ الاسم قد تمّ بإضافة الأول، والظاهر عدم جواز اعمال عامل واحد في معمولين، مختلفين كانا، وعرضي واحد من حيث الجهة، ولو فرضنا ورود ما يوهم كونه من ذلك، فأمّا هو بتقدير عامل من جنس الأول أو الم معمول الثاني عطف بيان أو بدل، بل الظاهر أنّه نظير استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد.

إذا عرفت ما ذكرنا علمت أنّ هذا الوجه سقيم ولا وجه لسقوط اللام لو قلنا بإضافة القيمة إليه، إذ اللازم حينئذٍ تقدير مضافٍ بقرينة المذكور أو اليوم بدل عن البغل، وليس شيء منهما مقتضياً لحذف اللام، فافهم (منه رحمه الله).

ولكنك بعد التأمل فيما ذكر عرفت صحة تعلق الظرف (بنعم)، وأن المراد من اللزوم ليس هو اللزوم الفعلي، بل الملازمة الثابتة في تلك القضية، وأن الاستبعاد في غير محله.

وما ذكره رحمته وجهاً لعدم الإمكان لا يخفى ما فيه، إذا المعلومية غير موجبة لعدم إمكان الاستفهام الصوري، كيف والاستفهام الإنكاري والإبطالي والتويخي كلها في الموارد المعلومة؟

غاية الأمر أنه لا بدّ فيها من ثبوت نكتة، مع أن ما ذكره رحمته من كونه سؤالاً عن تعيين القيمة ممّا لا يساعد عليه القضية المستفهم عنها، إذ ليس السؤال فيها عن نفس اللزوم على تقدير العطب، فلم يفهم كونه سؤالاً عن القيمة، ولو قلنا بتعلق الظرف بالقيمة لوجب الالتزام بكونه كلاماً مستأنفاً ويكون اضرباً عن سابقه، ضرورة عدم انطباقه مع السؤال، لما ذكرنا من عدم صلاحية اللفظ، لكونه سؤالاً عما يلزمه، بل هو سؤال عن أصل اللزوم، فعلى هذا يتمشى الإشكال المذكور في المقام من أنه كان عالماً فلم يسأل؟

ولكن الإشكال موجب لصرف الاستفهام عن معناه الحقيقي، ويكون ذكره لغرض، ولعلّ ذكره وكذا ذكر الفقرة التي بعده وهي قوله «إن أصاب» - إلى آخره - توطئة وتهديد لما هو مذكور فيما بعد، وهو السؤال عما يعرفها، فكأنه قال القيمة اللازمة على الغاصب، وكذا قيمة الوصف الذي تلف في يده من يعرفها.

والحاصل: كونه معلوماً لا يوجب حمل الاستفهام على كونه مسؤولاً عما يلزمه، ولا يبعد كون الاستفهام تقريرياً، والمراد بما بعد التفي كما لا يخفى.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنه يحتمل أن يكون اليوم متعلّقاً (بنعم)، وأن يكون متعلّقاً بالقيمة، فلا بدّ أن يكون اضرباً عن الجواب بعد تصديقه السؤال، ولكن الإشكال في أن أيهما أظهر، ويبعد تعلّقه (بنعم) كون اللزوم ظاهراً في الفعل، وهو هنا غير مناسب فلا بدّ من حمله على الثاني، وهو خلاف الظاهر.



ويعبد الثاني<sup>(١)</sup> أَنَّ الظاهر من الظرف تعلّقه بما هو ركنٌ في الجملة، والقيمة فضلة في الكلام، لأنّ تقديره: نعم يلزمك إنَّ عَطَبَ قيمة البغل يوم المخالفة، وليست القيمة ركنًا، فتعلّقه بـ(يلزمك) أظهر كما لا يخفى. وقد يستظهر تعلّقه بـ(نعم) من تنكير البغل، إذ ليس البغل غير معيّن زمان المخالفة. نعم لو كان معرّفًا لا يمكن دعوى تعلّقه بالقيمة، أو بالاختصاص المستفاد من إضافتها إلى البغل، لثبوت المخالفة، واختصاصها بالنسبة إليه مخصوصة فافهم.

وربّما يُستظهر تعلّقه بـ(نعم) ممّا سيُتلى عليك إن شاء الله.

ويمكن دعوى ظهور قوله ﷺ «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب» في أنّ الاعتبار هو قيمة يوم التّلف، إذ الظاهر من هذه الفقرة أنّه بعدما حدث العيب في البغل أن يلاحظ قيمته في هذه الحالة، ثم يلاحظ قيمة البغل في حالة الصّحة، فيلزمه على ما به التفاوت، لا قيمته معيّنًا في أوّل زمان الغصب.

والحاصل: أنّها ظاهرة في أنّها بعد حدوث العيب أن يلاحظ أنّه كم نقص قيمته بهذا العيب فيلزمه بها، ومعلوم أنّ هذه الملاحظة إنّما هي في زمان التعيّب، ومعلوم أنّ زمان التعيّب هو زمان وصف الصّحة، فالملحوظ هو قيمته في هذا الزّمان، وهو زمان التّلف، لا في زمان الغصب إذ لم يوجد العيب في ذلك الزّمان حتّى يلاحظ.

اللهم إلّا أن يقال: بعد حدوث العيب يفرض قيمة البغل في يوم الغصب حال كونه صحيحاً وقيمته في حال العيب، ولكنّه بعيدٌ غاية البعد.

واستشهد لاعتبار قيمة يوم العيب بالفقرة الأخرى منها أيضاً وهو قوله ﷺ: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم الإكتراء كذا وكذا».

قال الشيخ رحمه الله: «فإن أثبات قيمة يوم الإكتراء [من حيث هو اكتراء] لا جدوى فيه ، لعدم الاعتبار ، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة ، بناءً على أنه يوم الإكتراء لأن الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه إلى الكوفة ، ومن المعلوم أن اكتراء البغل لمثل المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق . ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة»<sup>(١)</sup>.

«وأمّا قوله رحمه الله في جواب السؤال من إصابة العيب «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه» فالظرف متعلّق بـ(عليك) لا قيد للقيمة ، إذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الردّ إجماعاً ، لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين ، فالمعنى عليك اداء الأرش يوم ردّ البغل»<sup>(٢)</sup> انتهى .

وفي الاستدلال نظرٌ قد أورده رحمه الله بعيد ذلك وهو قوله :

«نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل موارد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً ، ويكون السرّ في التعبير بيوم المخالفة ، دفع ما ربّما يتوهمه من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل ، وإنّ نقص بعد ذلك ، لأنّه خسره المبلغ الذي اشترى به البغل . ويؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء ، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث أنّه يوم المخالفة .

إلا أن يقال : إنّ التعبير بيوم الاكتراء مع كونه يوم المخالفة هو التّنبية على سهولة إقامة الشّهود على قيمته في زمان الاكتراء ، لكون البغل فيه غالباً

١ - كتاب المكاسب : ١١٠ سطر ١٩ .

٢ - كتاب المكاسب : ١١٠ سطر ٢٢ .

بمشهد من الناس وجماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث أنه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة في مقابل قول السائل ومن يعرف ذلك، فتأمل»<sup>(١)</sup> انتهى.

أقول: ما ذكره رحمته وجهاً لتغيير التعبير عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء، وجعله نكتة للأعراض عن يوم التّلف أنسب، بعد ملاحظة عدم اختلاف القيمة غالباً في تلك المدة القليلة، إذ لا فرق في السّهولة من حيث إقامة البيّنة في معرفة القيمة بين تعيين قيمة يوم الاكتراء أو يوم الغصب، إذ المفروض أنّها متّحدان في المقام، وهذا بخلاف تعيين قيمة يوم التّلف من حيث هو هذا اليوم، فلا بدّ من تعيينها في هذا اليوم من تعيينها في يوم الاكتراء ثمّ يعيّن قيمة هذا اليوم، إمّا لما ذكره رحمته من عدم الاختلاف غالباً في تلك المدة القليلة، وإمّا لأجل تعيينها في هذا اليوم بعد معلوميّتها في يوم الاكتراء بالاستصحاب. ولعلّه رحمته أراد من الأمر بالتأمّل ما ذكرناه، فافهم. ثمّ لا يخفى أنّ عدم اختلاف القيمة في أمثال هذه المدة القليلة ممّا يُبعد تعلّق اليوم بالقيمة، إذ لا داعي في التّخصيص بقيمة يوم الغصب، مع عدم اختلاف القيمة في هذا الزّمان، في هذه الواقعة الشخصيّة، وحمله على إرادة الإمام عليه السلام بيان القاعدة الكلّية في هذا الباب بعيدٌ عن سياق الكلام.

قوله عليه السلام: «أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك» الخبر. في هذه الفقرة إشكالان:

أحدهما: قبول قول المالك، مع كونه مخالفاً للأصل لكونه مدّعياً للزيادة.  
 وثانيهما: قبول بيّنته، مع أن مَنْ كان القول قوله فالبيّنة لصاحبه.  
 وقد يُدبُّ عنها بحمل الحلف في المقام على الحلف المتعارف الذي يرضى به  
 المحلوف ويصدّقه فيه من دون محاكمة، والتعبير برّدّه اليمين على الغاصب من جهة أن  
 المالك أعرف بقيمة بغله، فكأن الحلف حقّ له ابتداءً.  
 ولكنه خلاف الظاهر، بل غير معلوم مشروعيته، مع أنه بعيد عن طريقة  
 الإمام عليه السلام من عدم بيان الحكم ممّا به يرتفع الخصومة في أمثال المقام، ويمكن أن  
 يوزّع ذلك على الصّور المختلفة، وربّما يؤيّد هذا الحمل الاعتبار بيوم التّلف، حيث  
 قيل إنّه يمكن أن يُحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم  
 التّلف، مع اتّفاقهما على قيمته سابقاً، ولا شك أن القول حينئذٍ قول المالك لكونه  
 موافقاً للاستصحاب، ويكون سماع البيّنة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً،  
 مع اتّفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التّلف، ولا يخفى أن هذا الحمل يناسب الإعتبار  
 بيوم التّلف لأنّ اختلافهما في قيمة يوم الغصب، مع اتّفاقهما في سابقه، في أمثال المقام  
 الذي يتحد فيه اليومان بعيداً، فهذا أيضاً يؤيّد تعلق الظّرّف بكلمة نعم بالتقريب  
 الذي ذكرنا.

ومنهم من حمل النّص على ظاهره، وأفتوا على طبقه خروجاً عن القاعدة  
 المسلّمة من كون البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر، لأجل هذه الصّحيحة في  
 خصوص المغصوبة.

وقد يمتسك بالصّحيحة لإعتبار أعلى القيم، ولا وجه له ظاهراً، ولعلّ  
 المتمسك استظهر ذلك من قوله عليه السلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» زعماً منه صدق  
 يوم المخالفة على زمان ارتفاع القيمة، مع كون الظّرّف قيماً لها، ومعناه فكأنّها  
 مساوقة لزمان المخالفة، فمعناها نعم يلزمك لو عطّب البغل قيمة يوم زمان المخالفة،  
 ومعلوم أن زمان المخالفة يصدق على جميع آفات الغصب، منها زمان ارتفاع القيمة،

وحينئذٍ تشتغل الذمة بها، ولو نقصت فيما بعد، لا يندراج الأدنى تحت الأعلى.  
وهذا لا يخفى ما فيه من البعد لظهور قيمة يوم المخالفة في يوم الغضب.  
وأما ما ارتكبناه من التأويل على فرض تعلّقه بـ (يلزمك)، فلكونه أقرب  
للحامل على هذا الفرض، مع ظهور الفرض في تعلّقه بالفعل الذي هو ركن في  
الكلام.

وأبعد من ذلك استظهاره من قوله ﷺ: «قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم  
ترده» كما لا يخفى.

فتحصّل ممّا ذكرنا: عدم جواز الاستدلال بالصّححة لإثبات الاعتبار بيوم  
الغضب، لإجمال الفقرتين اللتين تمسّكوا بهما في المقام، إن لم نقل بظهور الفقرة الأولى  
بانضمام القرائن في اعتبار قيمة يوم التّلف، وكذا الاستدلال بها لإثبات أعلى القيم،  
فعلى هذا لو تمّ ما ربّما يُتوهّم استظهاره من قوله ﷺ: «قيمة ما بين الصّحة والعيب»  
كما ذكرنا سابقاً فهو، وإلا فالرواية مجمّلة من هذه الجهة.

وكيف كان، فهل هي على فرض دلالتها على اعتبار يوم الغضب، كاشفة عن  
فساد ما استفدناه من معنى الضّمان، من أنّه التدارك عند التّلف، وجعله كأن لم يتلف،  
أو هي مقيدة لإطلاقاتها، أو أنّه ليس من مصاديق الضّمان، بل هو تغريم آخر ولا  
ضمان في الحقيقة في هذه الموارد، إذ الضّمان عبارة عن تداركه حين التّلف، وليس هنا  
كذلك، بل ربّما يكون قيمة يوم الغضب دون قيمة يوم التّلف، فلا يجب التدارك  
حينئذٍ حتّى يتحقّق الضّمان، بل الثّابت فيها تغريم خاص؟

فنقول: إمّا كونه من مصاديق الضّمان والقيمة المأخوذ بها لأجل التّضمنين، فمّا  
لا ينبغي أن يُرتاب فيه، بل لا مورد أوضح في ثبوت الضّمان من مورد الصّححة،  
أعني في المال المغصوب، فحينئذٍ نقول:

إنّ معنى الضّمان في الحقيقة ليس هو التدارك عند التّلف، بل ضمان الشيء هو  
التعهّد عليه والالتزام به، ومعنى التعهّد على الشيء والالتزام به، هو أن يتداركه لو

تلف، فهذا المعنى من مراتب التعهد، لأنّ تعهد الشيء عبارة عن الالتزام بابقائه مستمراً، بحيث لو تلف جعله من التزم به كلاً تلف، بوضع الأقرب إليه من حيث المماثلة مكانه وتداركه بذلك، وملخص التعهد وجوب التدارك، ومعنى التدارك وضع شيء في موضعه عند انعدامه، وهذا معنى قابل لأن يلاحظ بالنسبة إلى كل من آتات الشيء، لصحة أن يقال إنه يجب عليك تدارك هذا الشيء في هذا الآن، ومعناه وجوب إبقاء ذلك الشيء الثابت في هذا الآن مطلقاً بوضع مساويه مكانه، ولو قال على نحو الإطلاق، يجب عليك تدارك هذا الشيء، معناه يجب عليك وضع مساويه حين تلفه في موضعه، وجعله كأن لم يتلف، وابقائه مستمراً بعد تلفه حكماً، وهذا أعني لزوم وضع مساويه عند التلف مقتضى إطلاقه، ولو قيده بزمان خاص، فعناه وضع ما يساويه في هذا الزمان مكانه، ومعلوم أن هذا ليس معنى منافياً لمدلول التدارك، بل هو تقييد لإطلاقه نظير لفظ الوجوب حيث أن مطلقه ظاهر في التعيين، واستعماله في التخييري تقييد لإطلاقه، فافهم.

وبعدما عرفت أن الضمان هو وجوب تدارك الشيء، علمت أن المستفاد من الصحيحة - لو قلنا هو وجوب تدارك قيمته في يوم الغصب - علمت أن هذا المعنى ليس منافياً لإطلاقات الضمان، بل هو تقييد لها، فما ذكره شيخ مشايخنا من أنه يمكن أن يقال إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب - كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد - كشف ذلك عن عدم اقتضاء الإطلاقات لما ذكرنا، من أن معنى التدارك الالتزام بقيمة يوم وجوب التدارك ليس في محله، إذ المستفاد من الصحيحة ليس منافياً لما فهمناه من الإطلاق. غاية الأمر أنها تقيّد الإطلاقات كما لا يخفى، لأنّ الإطلاقات من حيث هي مقتضية كذلك، فافهم.

بقي هنا شيء وهو أنه قد ذكر الشيخ رحمه الله:

«ثم أن ما ذكر من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، واما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محل الضمان بعشرة، وفي مكان

آخر بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التّلف، لأنّ مالِيّة الشيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب مالِيّته»<sup>(١)</sup> إلى آخره. وفي كلامه عليه السلام تأمل، لأنّ مقتضاه اعتبار قيمة مكان التّلف ولو قلنا باعتبار قيمة يوم الغصب، وهذا منافٍ لتعليله، لأنّه لا مالِيّة له في يوم الغصب بالنّسبة إلى مكان التّلف، لأنّ مالِيّته فرع وجوده، ولا وجود له هذا اليوم في مكان التّلف، وفرض وجوده في ذلك المكان غير موجب لتحقّق المالِيّة له فيه حقيقةً حتّى يجب تداركه، فافهم.

وفي حكم تلف العين من ضمان المثل أو القيمة، تعذّر الوصول إليه، وإن لم يهلك، كما لو سُرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ على الضّمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة، ولا يُشكل هذا بما سيستشكل في بدل الحيلولة، من لزوم الجمع بين العوض والمعوّض، لخروج العين المتعذّر فيه عن ملك المالك في هذه الأمثلة عُرفاً، فلا يقولون أنّها ماله، وإنّه ذو مالٍ، فبعد أخذه البديل ليس جمعاً بين البديل والمبدل منه، لما ذكر من خروج العين عن المالِيّة.

ولا يتوهم: أنّ مقتضى ذلك عدم جواز استرداده لو فرض ردّه إلى الضّامن، بزوال العذر، أو تمكّن من تحصيله بعدما كان متعذّراً عادةً، لخروجه عن ملكه وأخذه بدله، إذ لا منافاة بين ارتفاع المالِيّة، وبقاء عُلُقّة وارتباط فيما بينه وبين هذا الشيء الذي كان مالاً له الّتي ليس هي لغيره، بحيث توجب تلك العُلُقّة صيرورته ملكاً له لو انتقل إلى المالِيّة، نظير الخلّ الذي صار خمرًا وخرج عن المالِيّة، فلو عاد إلى الخلّة لعاد إلى ملكه الّذي خرج بالخرميّة عن ملكه، وحينئذٍ لأجل تلك العُلُقّة تتحقّق عُلُقّة مثلها فيما بين الضّامن والبديل الّذي دفعه إليه، إذ بعد فرض عود المتعذّر منه إلى ملكه يخرج بدله عن كونه ملكاً له، لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض

عنه، ويرجع إلى ملك الضامن، ولا يستوحش من ذلك إذ من المعلوم أن الأحكام دائرة مدار العناوين العرفية، ولذا استشكلنا في المصعدات من النجاسات من الأبخرة، لو اجتمعت وتقاطرت مثلاً، لو قلنا بعدم انقلابها هواءً حين الصعود، وانقلاب الهواء ماءً حين التقاطر، إذ لا إشكال حينئذٍ في طهارته.

وأما لو قلنا: بأن الصاعد ليس إلا الأجزاء الخفيفة المائية، وأنها تتكاثر فتتكاثر<sup>(١)</sup> وتتقاطر، فيشكل الحكم بالطهارة، لكونها عين النجس، غاية الأمر أنه ارتفع بالتخفيف حكم النجاسة عنه، لارتفاع العنوان عنه، ولا مانع<sup>(٢)</sup> عن تأثيره في التنجيس بعد ارتفاع الحقة، ومثله الدم المُنْبَثُّ في الماء الكثير المستهلك فيه حال الكثرة، فلو جف الماء واجتمع الدم فالظاهر نجاسته، والسر في ذلك كله دوران الأحكام مدار العناوين، فافهم.

هذا فيما لو تعذر العين عادة مطلقاً.

وأما لو تعذر عن ادائها عاجلاً، ولكنه تيسر عنه بعد مضي مدة، كأن حال بينه وبين العين حائل لا يرجع إلا بعد مضي زمان، أو كان العين في مكان لا ينتقل إلى بلدهم إلا في زمان معتد به، فهل أدلة الضمان، وكونه في عهده تقتضي تغريم الضامن لما يتضرر به المالك من رفع سلطنته عن المال؟ ويدل على وجوب الخروج عن عهده ما تضرر به؟ أم لا تدل إلا على وجوب رد العين، وأما التغريم بذلك فلا، بل المالك لا بد أن يصبر إلى زمان تيسر الوصول، لعدم خروج العين عن ملكه، حتى يجب تداركه؟ وهذا بخلاف صورة التلف أو ما في حكمه، لخروجها عن ملكه عرفاً، ومقتضى الضمان وجوب تداركه في هذه الصورة لا في صورة بقائها على ملكه وجهان:

ولكن مقتضى التحقيق هو الأول، أعني وجوب تداركها مطلقاً، في كل مرتبة

١ - في الأصل: تتكاسف.

٢ - في الأصل: بالغ.



من المراتب، لما عرفت من أنَّ الضمان بالشيء عبارةٌ عن الإلتزام به، وكونه في عهده، ومعنى الإلتزام بالشيء كونه بحيث مهما طلبه المالك مكَّنه، بحيث لا يفوت منه شيء لو أراده، وكأنَّه ملتزمٌ ببقاء المال تحت يد المالك، ومعلوم أنَّ الإلتزام ببقاء المال تحت يده ليس هو الإبقاء الحقيقي، إذ الإلتزام بحقيقة الإبقاء لمن ليس في يده الإبقاء باختياره غير معقول، بل المراد أن يتدارك كلَّما يتضرر المالك لأجل هذه العين، وهذه قضية تقتضي في كلِّ وقت شيئاً، ففيما بعد التَّلف يقتضي أن يتداركه بدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي، إذ لا أقرب منها إليه، وهذا هو المقدار المتمكَّن من الإبقاء في هذا الزمان.

وأما لو حيل بينها وكان العين باقية فقتضى، إبقائها تحت يده تسليطه على شيء يساويها في الانتفاع، ويكون أقرب انتفاعاً إليها من سائر الأشياء، فقضية ذلك تسليطه على مثل العين المتعذر عن تسليمها في المثلي والقيمة في القيمي، لينتفع بها كما ينتفع في العين، لا تملكه إيَّاهاً بدلاً عن العين، بل دفعها إليه غرامةً عنها، فليس الغرامة عوضاً عن ذات العين حتَّى ينافي بقاءها على ملك مالكه، لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوَّض، بل هو غرامة عنها، ومدفوع لأجل تدارك ما فات منها من الانتفاعات.

والحاصل: أنَّ دفع المال إلى المالك بدلاً عن العين المتعذرة ليس إلَّا لأجل الانتفاع، بدلاً عن الانتفاع بعينه، فهذا الدِّفع في الحقيقة مرتبة من مراتب تدارك العين، لأجل تفويت منفعتها، فليس على الضَّامن إلَّا تمكينه على التسلُّط على ما يساوي العين في الانتفاع ويمثله فيه، ولأجل كونه من باب الغرامات - لا لأجل انتقال العين إلى القيمة عند التعذُّر واشتغال ذمَّته بها - ليس للضَّامن إلزامه بقبول البدل إلى أن يتمكَّن من اداء نفس العين، لأنَّ سلطنته على ماله حقٌّ له، وله إسقاطه واستيفائه بتغريم الضَّامن، وليس بمنزلة الدِّين حتَّى يلزمه الضَّامن بقبوله تحصيلاً لفراغ ذمَّته، إذ لا اشتغال هنا بشيء ما لم يرد المالك استيفائها، وأمَّا بعد الإرادة

فوجوب التمكين حكمٌ تكليفي يستكشف الحكم بالضمان .  
 اللهم إلا أن يكون المورد بحيث لو لم يقبل المالك في هذا الجزء، وأسقط حقه فيه، وكان المالك يلزمه فيما بعد هذا الجزء من الزمان، كانت هذه السلطنة ضرراً عليه، فلا يبعد القول بجواز الإلتزام بالقبول لنفي الضرر عنه .

ثم إن مقتضى الإلتزام بالخروج عن العهدة، وتدارك الفائت في جميع المراتب، هو التسليط التام على ما يساوي العين في زمان الحيلولة، ومعنى التسليط التام هو جواز التصرف في المساوي كيف يشاء بما له من التصرف في ملكه، حتى التصرفات الموقوفة على الملك، وإلا فليس تداركاً للعين عما فات منها، ضرورة عدم تدارك هذه السلطنة والتصرف، والمفروض لزوم تداركه، فإذا تصرف فيه بما يتوقف على الملكية، فلا بد من حصول الملكية قبل التصرف آنأ ما مقدمة لتدارك الفائت، نظير المعاطات على القول بالإباحة، وأما حصولها قبل هذا التصرف من أول الأمر فلا يقتضيه، لأن الضرورة تقدر بقدرها. وقد عرفت أن مقتضى الخروج عن العهدة ليس في هذا المقام إلا مجرد التسليط، وأما التملك فلا، وحصوله في هذا الفرض من باب المقدمة لا لأجل اقتضاء الإلتزام إياه .

ثم إنك قد عرفت أن وجوب دفع بدله الحيلولة عند المطالبة حين التعذر إنما هو لأجل اقتضاء أدلة الضمان ذلك، لكونه خروجاً عن عهدة العين في ذلك الزمان، ولكنه قد يتمسك له بقاعدة السلطنة، وتقريبه كما ذكره الشيخ في المكاسب :

«أن فيه - أي في دفع البدل - جمعاً بين الحقين، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده، يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه، نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثل<sup>(١)</sup>، انتهى .

أقول: وفي الاستدلال نظر، إذ لا تدلّ هذه الأدلة إلا على جواز تصرفه في ملكه كيف يشاء، وتسلمه عليه، وليس عين ماله في ذمة الضامن حتى يكون مسلطاً على مطالبته، بل هو عينٌ خارجيٌ غير متمكنٍ من التصرف فيه، لأجل الحيلولة التي تحققت بفعل الضامن، ومعلوم أنّ هذه الأدلة لا تدلّ على إثبات السلطنة على من صار سبباً لرفع سلطنته عن ماله.

وبعبارة أخرى: لا تدلّ هذه الأدلة على وجوب تغريم من أزال سلطنة شخصٍ عن ماله ببذل بدله، إذ غاية مؤداها جواز تصرف المالك في عين ملكه أينما وجده، كيف ولو دلت على ذلك لما احتجنا في إثبات الضمان إلى أدلتها، بل تكفيها هذه الأدلة، ومن المعلوم خلافه.

وبما ذكرنا من الوجه لعدم جريان أدلة السلطنة فيما نحن فيه ليلزم عدم انتقال المال إلى ذمة الضامن، تبين الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا تعذر المثل في المثلي، إذ المثل ثابت في ذمته، فيكون مسلطاً على مطالبته، بخلافه فيما نحن فيه.

فتحصل ممّا ذكرنا: أنّ الدليل الدالّ على وجوب دفع البدل، إنّما هو أدلة الضمانات لا دليل السلطنة، وقد عرفت أنّ مؤداها وجوب دفع ما يساوي العين، مثلاً كان أو قيمة، تداركاً لما أزيل عنه يد المالك من السلطنة والانتفاعات عند تعذرهما، لا أنّها عوضٌ عن نفس العين، بل هو تداركٌ لها من حيث الانتفاعات. ومعلوم أنّ ذلك لا يقتضي مملوكة الغرامة للمالك، إذ الفاءت ليس إلا السلطنة، وأمّا نفس العين فهي باقية على ملك مالكةا، فقتضى القاعدة بقاء نفس الغرامة على ملك الضامن، من دون أن يتوقف التصرف على المملوكة، فأنّه حينئذٍ يقتضي مملوكة الغرامة للمالك مقدّمة لصحة التصرف حين إرادة التصرف آنأماً، إذ الصّورة تقدّر بقدرها.

ولا يخفى أنّ هذا المقدار من الدّفع والمملوكة هو ما يقتضيه نفس الالتزام بالخروج عن العهدة، وأمّا مملوكة الغرامة للمالك من أوّل زمان دفعها فلا يقتضيها

التزامه من حيث هو؛ ولكنه لا مانع من كونه كذلك لو دلّ عليه دليل آخر، مثل الإجماع، كما حكى عن ظاهر «المبسوط» و«الغنية»، والظاهر أنه مما لا إشكال فيه من حيث الفتوى، لعدم الوقوف على من أفتى بخلافه.

وما قد يتوهم: من كونه جمعاً بين العوض والمعوّض.

قد عرفت الجواب عنه، من أنه ليس عوضاً عن نفس العين، بل عوض عن السلطنة عليه بعد فرض انعقاد الإجماع على كونه له، فما دامت السلطنة فائتة فهي باقية على ملك المالك، كما أنّ العين أيضاً كذلك، وحين رجوع السلطنة برّد العين عليه يرجع الغرامة أو بدله - لو تصرف فيه بما لا يمكن رده بعد - إلى ملك الضامن، وإلا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض حينئذٍ.

وهل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن، فيضمن العين من يوم التمكن ضماناً جديداً، أو أنّها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلو تلف استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده، وأمّا الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني، لإقتضاء قاعدة اليد الضمان من زمان الغصب إلى زمان الاداء ضماناً واحداً مستمراً، ومعلوم أنّ التمكن من الاداء ليس للعين، فلم يتحقق غاية الضمان الثابت أولاً، وليس هذه يداً جديدة مغايرة لليد الأولى حتى تقتضي ضماناً جديداً، مع أنّ مقتضى ما ذكرنا من كون الغرامة بدلاً عن السلطنة المطلقة، عدم عوده إلى ملك الغاصب ما لم تعد السلطنة، وهي لا تعود إلا برّد العين المغصوبة، وقبله تكون باقية على ملك المالك، وتمسك الشيخ رحمته في المكاسب لبقائه على ملك المالك، وعدم حدوث ضمان جديد باستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث ضماناً جديداً.

هذا، ولكن التمسك بالاستصحاب في هذا المورد لا يخلو عن إشكال، بناء على

ما هو المختار من عدم جريان الاستصحاب في الشك في المقتضي، لجواز كون مملوكية الغرامة ما دام متعذراً عن ردّ العين - نظير ملكية الوقف - لا مطلق حتى لا يرتفع إلا برفع، وإذا كان كذلك لا يجوز استصحابه لعدم إحراز كونه مما يقتضي البقاء في نفسه.

\*\*\*

## [الكلام في شروط المتعاقدين]

منها: البلوغ

واعتباره في صحّة العقد ممّا لا إشكال فيه، بل لا خلاف كما صرّح به بعضهم، فيبطل بيع الصّبي وكذا سائر عقودهم، ولكنّ الحُكم بالبطلان مطلقاً ولو في صورة اذن الولي مشكّل، وإن كان ظاهر بعضهم - ممّن ادّعى الإجماع عليه - التّعميم، كصرّيح بعضٍ حيث قالوا إنّ الصّبيّ مسلوبُ العبارة فلا يترتّب على لفظه أثرٌ أصلاً، ولا يتّضح الحال إلّا بتنقيح مدرك المسألة والتكلّم فيه.

فنقول: إنّ الأخبار الواردة في الباب على قسمين:

منها: ما صرّح فيه بعدم جواز أمر الصّبي في البيع والشّراء والتّكاح والطلاق،

مثل رواية حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام:

«إنّ الجارية إذا زوّجت، ودخل بها، ولها تسع سنين، ذهب عنها اليّثم،

ودُفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشّراء، والغلام لا يجوزُ أمره في البيع

والشّراء، ولا يخرجُ عن اليّثم حتّى يبلغ خمسة عشر سنة»<sup>(١)</sup>.

وفي رواية ابن سنان: متى يجوز أمر اليتيم؟

قال عليه السلام: حتى يبلغ أشده.

قال: وما أشده؟

قال: احتلامه<sup>(١)</sup>.

وفي معناها روايات أخر.

والقسم الآخر: ما يدلّ على رفع القلم عن الصبي كقوله عليه السلام: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ

ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»<sup>(٢)</sup>.

ولا يخفى أنّ إثبات مسلوية عبارته، بحيث لا يكون سبباً لوجوب الوفاء، حال كونه مأذوناً من الولي، مع كونه بمنزلة الآلة له في اجراء الصيغة مشكلاً، إذ الأخبار الاولى أعني ما صرح فيه بعدم جواز أمره، ففيه أولاً:

إنّ لفظ الأمر ينصرف عند الإطلاق إلى أفعاله، نظير البيع والشراء والإجارة والرهن وغير ذلك، لا لفظ بعث واشترت وأمثاله، فأنه لا يطلق عليه لفظ الأمر عرفاً، فهذا إخبار عن عدم جواز تصرفاته التي بهذه المثابة، فيدلّ على نفي تحقق البيع بفعل الصبي، ولا يدلّ على مسلوية عبارته، وعدم تأثير لفظه مطلقاً حتى مع اذن الولي.

وثانياً: على فرض شمول لفظ الأمر من حيث هو لذلك، فيدعى تقييده في المقام بالأمورات المستقلة، بقرينة إسناد الجواز إليه، إذ الجواز مرادف للمضي، فقوله عليه السلام: «لا يجوز أمره» يعني لا يكون أمره ممضياً في نظر الشارع، والمتبادر من هذه العبارة عند الإطلاق عدم مضيّ الأمورات الصادرة عنه على نحو الاستقلال،

١- الخصال: ٢ / ٤٩٥، وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٢ ض ٤١٢.

٢- وسائل الشيعة: ج ١ باب ٤ ص ٤٥.

لا الأمور الصادرة عنه باعانة الغير، والأمورات التي لا يكون ذلك إلا بمنزلة الآلة، كإيصال الهدية إلى الغير من قبل شخص، أو إيقاع عقدٍ مع الطرف الآخر بدلاً عنه، أو أوقع إيجاب نكاح أو قبوله من قبل الغير، ما لا يكون الصبي فيه إلا بمنزلة الآلة. ومن المعلوم أنه لو فرض جواز هذه الأمور عليه لا يكون ذلك منافياً لتلك الأخبار حتى يحتاج إلى ارتكاب التخصيص، فافهم.

وثالثاً: سلّمنا شمولها لما نحن فيه، ولكن نقول أن عدم الجواز لا ينافي تأثيره مع اذن الولي، لما عرفت من أن الجواز مرادف للمضي، ومعلوم أن المضي مقابل للوقوف، فيكون معناه أن أمر الصبي مطلقاً - حتى العقود الصادرة عنه - غير ماضٍ، ولا ينافي ذلك مضيّه مع اذن الولي وإجازته، لصدق الوقوف بالنسبة إلى ذات العقد، وذلك مثل قولنا إن عقد الفضولي غير ماضٍ بل موقوف على الإجارة. وأما القسم الثاني من الأخبار: وهو ما يدلّ على رفع القلم عن الصبي، فيحتمل وجوهاً باعتبار مدلول اللفظ، وإن كان معلوم الإنتفاء:

أحدها: أن يكون المراد من القلم قلم التقدير، ويعمّ متعلّقه بحيث يدلّ على عدم التعرّض بحال الصبي أصلاً، بنحو من الأتحاء، وعدم تقدير شيء في حقّه من الأحكام مطلقاً، وضعياً كان أو تكليفاً، فعنه أنه لم يُقدّر في حقّ الصبي حكماً من الأحكام، ولم يتعرّض الشارع بحاله من حيث الحكم بنحو من التعرّض، فمقتضى ذلك عدم صيرورة فعله مورد الأمر أصلاً، حتى سبباً لحكم آخر، ولو بالنسبة إلى فعل الغير، وهذا المعنى بهذا النحو من التعميم غير مراد قطعاً، لصيرورته من حيث التعرّض أدون من الجمادات، إذ ربّ حكم وضعي ثابت لها بحيث يصير موضوعاً لتكليف المكلفين، كسبيّة الخسوف وكذا الزلزلة والكسوف لصلاتها، وكذا الدلوك لوجوب صلاة الظهر، وغير ذلك من الأحكام الوضعيّة.

وبالجملة: شمول الرواية بهذه المثابة، بحيث يلزم من سبيّة الجناية الواردة منه على غيره لوجوب الدية على العاقلة تخصيص فيها بعيد غاية البعد، بل غير



مقصود قطعاً.

ثانيها: رفع القلم المثبت لأحكام خصوص الأناسي مِنْ حيث كونهم أصنافاً مطلقاً، وضعياً كان أم تكليفاً، فلا ينافي ذلك ثبوت الأحكام الوضعية الثابتة في حقّه، - لا من حيث كونه منهم كالأمثلة السابقة -، ولكنه يخرج بها على هذا التقدير ما للقصد والإدراك فيها مدخلية - وضعياً كان أو تكليفاً - فهي تدلّ حينئذٍ على خروج الصبي عن موضوع الأحكام الثابتة لهم، ويخرج عن زمرتهم حكماً.

ثالثها: رفع خصوص قلم المؤاخذه، فعلى هذا ينفي الأحكام الإلزامية من التكاليفات في حقّه وهذا المعنى الأخير وإن أمكن دعوى ظهور الرواية فيه فيصير أجنبياً عن المقام. إلا أن مرادفته مع التائب والمجنون في رفع القلم عنهم يشعر بإرادة المعنى الثاني، إذ العقل مستقل برفع المؤاخذه، فلا فائدة معتد بها فيها، وهذا بخلاف ما لو حملناها على المعنى الثاني، إذ في الأخبار برفع مطلق الأحكام من الفوائد ما لا يخفى.

ويؤيد هذا المعنى ما ورد في الأخبار من أن عمداً الصبي وخطأه واحد، فيستفاد منها أن كلّ حكم أنيط بالقصد ليس مجعولاً في حقّه، لأن قصده بمنزلة العدم، فلا عبرة بقصده، ولهذا ذكر الشيخ رحمته في «المكاسب» من أنه يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل الصبي والمجنون استظهار المطلب، يعني مسلوياً عبارة الصبي، وهو ما عن «قرب الإسناد» بسنده عن أبي البخري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يقول:

«المجنون والمعته الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ، عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»<sup>(١)</sup> انتهى.

فإن ذكر رفع القلم في الذليل ليس له وجه ارتباط إلا بأن تكون علة لأصل

الحكم، وهو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله «عمدهما خطأ»، يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رُفع القلم عنها. ولكن يمكن أن يراد برفع القلم عنه عدم الاعتناء بأفعاله، والأخذ بمؤداه، كما يعتنى بأفعال المكلفين، ويؤخذ بالتزاماتهم.

**فمحصله:** أن أعمال الصبي غير معتنى بها، فلازمه رفع الأحكام المسيبة عن الاعتناء بالفاعل من حيث صدور الفعل عنه كالمؤاخذه على أفعاله، والالتزام بالوفاء بالتزاماته، وغيرها من اللوازم، ومعلوم أن الاعتناء بالفاعل من حيث كونه فاعلاً إنما يكون بعد صدور الفعل عنه قاصداً له، فمنشأ الاعتناء هو القصد، فمعنى عدم الاعتناء بالصبي عدم اعتبار قصده، وأنه بمنزلة العدم في نظر الشارع. ويؤيد هذا المعنى أيضاً ما ورد من أن عمده خطأ، فعلى هذا يرتفع عنه بهذا الخبر الأحكام المجعولة في حقهم في حال العمد دون حال الخطأ، ويشعر بذلك الخبر المتقدم، حيث أنه أثبت الدية على العاقلة دون القصاص الذي هو من أحكام القتل العمدي بقوله عنه «رفع القلم».

هذا، ولكن يشكل ما عدا الوجه الثالث، أعني رفع خصوص قلم المؤاخذه، بما ذهب إليه المشهور من شرعية عبادات الصبي، إذ المشروعية فرع كونها مأموراً بها، فعلى هذا ليس كونه مأموراً به مرفوعاً عنه، مع كونه من أحكام الأناسي، ونشأ من الاعتناء بالمأمور.

ولكن يمكن التفصي عنه: بأن الظاهر من رفع القلم وعدم الاعتناء به، عدم إيراده في موقف الحساب، وعدم أخذه بما فعله، فهو مساوق لقولنا إن له أن يفعل ما يشاء. ومعلوم أن معنى ذلك عدم ترتب الضرر عليه من حيث مؤاخذه فعله بوجه من الوجوه، دنيوية كانت أو أخروية، ولا ينفي ذلك عدم ترتب الثواب على فعله لو فعل ما فيه المصلحة والحسن، فنفي ترتب الضرر ينفي المؤاخذه المترتبة على ترك الواجب، فينفي وجوبه ولا ينفي استحبابه، بل ثبوت مقتضي في الفعل يقتضي

صدور الامر بالنسبة إليه وطلبه منه، لكن لا على نحو الإلزام، لثبوت المانع عن الإلزام وحده، إمّا عن أصل الطلب، وهو كونه غير معتنى به، وعدم الاعتناء به غير موجب لتقييد حُسن الفعل بكونه عن غيره، فافهم وتأمل.

ولكن لا يخفى أنّ هذا الجواب لا يتمّ إلّا على التوجيه الأخير، وإمّا بناءً على كون المرفوع هو الأحكام الثابتة لنوع الإنسان فلا، إذ لا شبهة في شموله للمستحب لاختصاصه بهذا النوع.

\*\*\*

## [في أن عمد الصبي خطأ]

بقي الكلام في الأخبار التي دلت على أن عمد الصبي خطأ، حيث استُظهر دلالته على مسلووية عبارته، كما حكي لنا عن الشيخ عليه السلام:

فنقول: إن دلالته عليها مشكل، كالأخبار المتقدمة عليها، لإمكان دعوى ظهورها في رفع الأحكام الثابتة للشيء بوصف كونه متعمداً بقرينة تقارنه مع الخطأ، إذ الظاهر حينئذٍ مدخلة هذين الوصفين في موضوع الحكم، لا أن الحكم المرفوع محمولٌ على ذات الشيء مع قطع النظر عنها.

ويؤيد هذه الدعوى خصوص الرواية المتقدمة الواردة في قتل الصبي والمجنون، حيث أثبت آثار الخطأ أعني الدية على العاقلة، ونفى عنه آثار العمد، وفرّع الحكم على كون العمد خطأ، بل يمكن دعوى صرف هذه الرواية ظهور خبر رفع القلم، حيث قال في ذيله «وقد رُفع القلم عنهما»<sup>(١)</sup>، فتأمل.

وأيضاً يؤيد هذه الدعوى تمسك العلماء بهذه الروايات في خصوص الجنايات

دون مطلق الأحكام في مثل المقام، وهذا كاشف عن عدم دلالتها عليه.

أما الكلام في الإجماع فنقول: إن انعقاده على مسلوئية عبارته في الجملة، ومجردة عن التصرف فيما لا تأمل فيه ولا إشكال، ولكنه على نحو الكلية فغير معلوم، فلا بد من تشقيق الموارد حتى يتبين الحال ويتضح مورد الإشكال.

فنقول: إن تصرفات الصبي على أقسام:

منها ما يستقل بالتصرف، وهذا مما لا إشكال فيه ولا تأمل في بطلانه، وانعقاد الإجماع عليه.

وقسم منها ما يكون تصرفه باذن الولي، باذن مطلق أو خاص، كالاذن في مطلق التجارة أو تجارة خاصة.

وهذا القسم مما أشكل فيه الحكم غاية الإشكال، حيث ادّعي فيه السيرة على صحته، وقد ادّعي الإجماع من غير واحد على بطلانه، وإن تردّد بعضهم في المسألة في غير هذا المقام، إلا أن الإنصاف أن تردّده غير مضرّ باعتبار إجماعه الذي ادّعاه، وإن كان موهناً له في الجملة، إذ من الجائز عدم استحضاره لما هو موجب للحدس في جميع الأوقات، نعم لما كان التردد في المسألة محتملاً لتخطئه حدسه السابق فلهذا يوهنه في الجملة.

ولكن الاحتمال بعيد غاية البعد، وإلا لصرح بخطأه، خصوصاً تردّد بعض من نشاهد منه التردد في المسائل الواضحة بعد دعوى الإجماع عليه لمحض الاحتمال. وكيف كان، فلا شبهة في اعتبار الإجماع في المسألة بعد اعتضاده بالشبهة المحققة، بل عدم ظهور الخلاف في هذا المقام.

ويدل على كون مسلوئية عبارته من المسلّمات، تشبّث بعضهم لتصحيح بعض المعاملات الصادرة عن الصبيان ببعض الوجوه الآتية، لتخصيص هذه القاعدة.

نعم يظهر من المقدّس الأردبيلي - على ما حكى - القول بصحة معاملاته، نظراً

إلى عدم صلاحية ما ذكر، لما نعتيته عن تأثير ما اقتضاه نفس العقد من الصحة بعد إثبات شمول ما يقتضيها بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>.

والإنصاف نهوض الإجماع المدعى في المقام على بطلان هذا القسم، حيث أنهم اشترطوا في العاقد البلوغ على نحو الإطلاق من غير تقييد بصورة استقلاله في العقد، ولم يجعلوه من المتفرعات على محجوريته عن التصرف في ماله، بل عنونوا لهذا المبحث مقاماً غير مقام بيان الحجر عن التصرف، بل لا يبعد شمول الأخبار التي دلت على عدم جواز أمره، وإن ناقشنا فيه، إذ بعد اذن الولي يكون مستقلاً في الأمر، فما يدل على مضي أمره يشمل، فتأمل.

ورواية رفع القلم تنهض عليه أيضاً في هذا القسم، على ما استظهرنا منها من دلالتها على عدم اعتبار أمر الصبي برفع قلم الاعتبار عنه، إذ لو قلنا بالصحة في المقام لكان أمره معتبراً بعد الإذن وقد نفاه إطلاق الخبر.

ويدل عليه بالتوجيه الأخير أيضاً، أعني رفع القلم الثابت لمطلق أحكام نوع الإنسان، ولذا ترى العلماء يستدلون بها في هذا المقام، وفي مقام الحجر عن التصرف في ماله، وبعد استنادهم في كلا المقامين بهذه الرواية، لا شبهة أنها كما تدل على ثبوت الحجر إلى زمان البلوغ، كذلك تدل على بطلان عقده إلى هذا الزمان.

وبالجملة: أن إيقاع العقد أمر من الأمور المعتبر فيها القصد، ليس للصبي ارتكابه بمقتضى هذه الرواية، مع قطع النظر عن كونه ممنوعاً عن التصرف، فافهم. ثم إنه قد يتمسك لصحة معاملة الصبي في هذه المقامات بالسيرة، وباستلزام البطلان الحرج.

فنقول: أما الحرج، إن أريد به الحرج على البالغين لكثرة ابتلائهم بمعاملات الأطفال، حيث أن الغالب في الأسواق إقامة الأطفال مقام أوليائهم، فيبيعون

ويشترتون، فلو بُني على المجانية عن معاملتهم لوقع في الضيق .  
 ففيه : المنع عن لزوم الحرج، لوجود البالغين فيها أيضاً غالباً، نعم يلزم ذلك في بعض القرى والمنازل التي نزل فيها المسافر، ذلك لأجل الانحصار . ومعلوم أن هذا المقدار من الضيق لا يوجب الحكم بالصحة، بل عليه أن يعامل مع وليّه، ولو لزم الحَجْر بالنسبة إلى الشخص الخاص، إذ الحرج على الشخص الخاص لا يوجب رفع الحكم، خصوصاً في مثل هذه المقامات التي ليس المفّر منها منحصراً، مع أن الحرج الشخصي لا يوجب رفع الحكم الكلّي، غاية الأمر أنّه يرفع تنجّز التكليف بالنسبة إلى الشخص من باب المذوريّة، لا أصل الحكم فهو نظير أكل الميتة .

إن قلت : بعد بناء الناس على إقامة الصّبيان مقامهم في الأسواق، يوجب الاجتناب عن معاملتهم الحرج على نوع الناس، حيث أن العادة جرت على معاملة الأطفال في أغلب الأشياء اليسيرة، والاجتناب عنها كلفة عُسِر قطعاً .  
 قلت : بعد ورود النّهي عن معاملة الصّبيان لا يصلح ذلك لرفع التّكليف عن الاجتناب وصحة معاملتهم، ضرورة كون الإقامة حينئذٍ مخالفة للنّهي، ومعصية له، وسبب المعصية لجوازه، ودفع التّكليف عنه غير معقول، لما يلزم من وجوده عدمه، وكل شيء كان كذلك فهو باطل بالضرورة .

نعم يوجب ذلك الحرج المسبّب عن العصيان نفي تنجّز التّكليف بالنسبة إلى الأشخاص المبتلى بها، لا رفع أصل التّكليف، فهو حينئذٍ حَرَجٌ شخصي غير موجب لتشريع أصل الحكم، بل يوجبُ معذورية من ارتكبه لأجل رفع الحرج كما لا يخفى .  
 نعم قد يتصوّر صيرورة العصيان المستلزم للحرج موجباً بالنسبة إلى غير العاصين لرفع الحكم، لأجل اندراجهم بسبب هذا العصيان في موضوع آخر، وذلك ليس في الحقيقة رفعاً للحكم، بل لأجل عدم تحقّق موضوعه بالنسبة إلى هذه الأشخاص .

وإن أُريد من الحرج لزوم الحرج على الناس لكثرة اليتامى الصّغار، فلو بني على بطلان معاملتهم للزم أن يقوم بأمر كلّ من اليتامى أحد من المكلفين، ليقضي

حوادثهم ويصلح أمورهم في جميع معاملاته الجزئية، وذلك حرج منفي في الشريعة. ففيه: أن ذلك وإن كان يوجب مزيد التكليف بالنسبة، لكنه ليس بحيث يوجب الحرج.

وإن أريد من الحرج أن البناء على الاجتناب موجب لترك معاشرّة الناس ومعاملتهم، للعلم بأن أغلبهم لا يبالون في معاملة الأطفال، بل يعاملون معهم معاملة الكبار، وذلك موجب لاشتباه أموالهم بالحرام واختلاطها به، والاجتناب عنها كلفة حرج أكيد.

ففيه: أن ذلك ليس حينئذٍ إلا مثل المعاملة مع الأشخاص الذين نعلم إجمالاً بأنهم في بعض الأحيان «إذا كألوهم أو وزنوهم يُخسرون»<sup>(١)</sup> فيفسدون معاملتهم، وكذلك يعاملون معاملة ربويّة في بعض الأوقات، وذلك غير موجب لوجوب اجتنابهم.

وإن أريد من الحرج الحرج على الصبي، ففيه منع الحرج. وأما السيرة: فلم يتحقق منها ما ينفعنا في المقام، لأنه إن أراد منها قيامها على صحة معاملات الصبي - ولو في الأشياء اليسيرة - مطلقاً، ولو لم يكن باذن الولي بحيث كان الصبي مستقلاً في الأمر.

ففيه: من المنع ما لا يخفى، بل يمكن دعوى الضرورة على خلافها، وما يتحقق منها في الخارج فبني على عدم مبالاة من يعامل معه في هذه الصورة قطعاً، وهذا هو القسم الأول من الأقسام الثلاثة التي ادعينا وضوح الحكم فيه، ونهوض الأخبار على المنع عنه.

وإن أراد القسم الثاني، أعني صحة الأفعال الصادرة عنه، حال كونه مأذوناً عن الولي في إيجاد الفعل، بحيث يُستند الفعل إلى الصبي ويكون مستقلاً فيه بعد



الإذن، فهذا أيضاً غير مسلم، ولو سلم قيامها في هذا القسم وتعارفه بين الناس حيث ينصبون الأطفال مقامهم في الدكاكين والأسواق، فمنع كونها كاشفة عن رأي المعصوم إذ من الجائز ابتنائها على مساعدتهم العرفية.

وبالجملة: أن الاطمينان برأي المعصوم لا يحصل منها في أمثال المقام.

نعم، يمكن دعواها في القسم الثالث، أعني ما كان الصبي بمنزلة الآلة، بحيث لا يترتب على فعله من حيث أنه فعله أثر، بل يترتب عليه الأثر لكونه كاشفاً عن رضا الآذن فيما آذن، علماً أو ظناً، فيترتب عليه أثر الآذن، أما على فرض العلم بحصول الإذن فواضح.

وأما على فرض حصول الظن، فهو مبني على القول بكفايته في ترتيب الأثر. ويمكن دعوى كون بعض الموارد التي ادّعي السيرة فيها منه. ومعلوم أن هذا القسم ليس ممّا يعتبر فيه قول الصبي أصلاً، بل الأثر إنما هو للرضا لا لقوله. وتنقيح هذا القسم يحتاج إلى مزيد توضيح.

فقول: إن من الأشياء ما يكفي في جواز التصرف فيه مجرد العلم برضاء من له الإذن، كتصرف المهدى له في الهدية بعد العلم برضا المهتدي، وكذا جواز الدخول في الدار بعد القطع برضا المالك، وكذا غيرها من التصرفات. ولاريب في إباحة هذه التصرفات مطلقاً، لو حصل العلم برضا المالك، لكونه من آثار نفس الرضا المستكشفة بقوله. ومعلوم أن آثار الواقع تترتب على فرض حصول العلم، من أي سبب كان، ولو قلنا بكفاية الظن في المقام، فيترتب عليه أيضاً آثار الواقع على فرض حصول الظن.

ثم أنا لو قلنا بكفاية مطلق المراضات من المالكين في تحقق المعاطات، أو المراضات المتعقب بالتصرف من غير أن يتوقف على إنشاء الملكية من كل من المالكين للآخر، - ولا يخلو عن وجه كما استظهرنا من دليلها ذلك في باب المعاطات -، فلا شبهة في صحة أغلب البيوع الصادرة من الصبيان، لو علم كل من

المالكين بوصول كلٍّ من العوضين إلى الآخر - كما هو الغالب - فيكون ذلك من قبيل دخول الحمام، وشرب ماء السقاء، وأخذ بقل البقال، ووضع فلوسها في المكان المعد لها، وقد استظهرنا كونها معاطاة مفيدة للملكية، على ما هو الأقوى من إفادة المعاطاة للملكية. فليس الصبي في هذا المقام إلا سبباً لحصول القطع بالرضا. ولا ينافي ذلك القول بمسئولية عبارته مطلقاً، كما ادّعي عليها الإجماع، ولا يبعد صرف السيرة التي ادّعيَتْ في المقام إلى هذه الصورة.

ثمَّ لو قلنا بعدم كفاية مطلق المراضات، أو الرضاء المتعقب بالتصرف في المعاطات، فلا نسبة أيضاً في جواز بعض التصرفات المبتنية على مطلق الرضا من غير احتياج إلى أمرٍ آخر، كجواز أكله، وبعض التصرفات الأخر التي هي من آثار مطلق الرضا، إذ المفروض أنها آثار له، وهو متحقق على الفرض، فيترتب أثره، فافهم وتأمل.



## [قصد مدلول اللفظ]

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين ، قصدهما لمدلول اللفظ ، بمعنى وقوعه في الخارج<sup>(١)</sup>.

وهذا الشرط ينحلّ عند التحقيق إلى شروط ثلاثة :

أحدها: أن يكون اللفظ مقصوداً ، لعدم معقولية كون المدلول مقصوداً من غير كون الدال كذلك ، فيخرجُ عبارة النائم والغالط والساهي وأمثالها ممّا صدر لا عن قصدٍ والتفاتٍ .

ثانيها: أن يكون معناه الإنشائي أيضاً مقصوداً ، إذ كيف يعقل إرادة وقوع المدلول في الخارج مع عدم ثبوت أصل المدلول أو قصده ، فخرج ما إذا لم يكن المعنى مقصوداً أصلاً ، كما في اللاغي ، أو كان ولكن غير معناه الإنشائي ، بأن قصد منه الإخبار أو الإستفهام ، أو إنشاء معنى غير مدلول اللفظ مجازاً أو غلطاً .

وثالثها: أن يقصد وقوع المعنى وتحققه في الخارج ، فيخرج من لم يقصد كذلك ، كما في المستهزء حيث يقول «بعث» ويريد منه مدلول اللفظ ، ولكنه لا يقصد تحققه في الخارج ، نظير الأمر الصوري ، فهو شبيه الكذب في الأخبار .

وليس المراد من القصد هنا إرادة وقوع الأثر في الخارج عن طيب النفس حتى يكون في مقابل المكره، بل المراد منه أن يكون إيجاد العقد لأجل تحقق ذلك الأثر في الخارج، سواء كان راضياً بتحقيقه في الخارج أم كارهاً، ولا منافاة بينهما كما لا يخفى على من له أدنى تأمل.

ثم أن هذه الشروط الثلاثة مما يُعتبر في تحقق مفهوم العقد، وبدونها لا يتحقق ماهيته أصلاً، لعدم صدق المعاهدة بدونها، ولذا لا يؤثر الإجارة والامضاء فيما بعد فيما فات منه بعض تلك الشروط، وهذا بخلاف بعض الشروط الأخر مما هو شرط في تأثيره ونفوذه، ككونه لا عن إكراه، أو صدوره عن المالك وغير ذلك، فإنها شرط في التأثير لا في تحقق أصل الماهية.

فهذا تبين الفرق بين هذه المسألة ومسألة اعتبار طيب النفس، حيث أنها من شرائط التأثير دون أصل الماهية، ولذا لو تعقبه الرضا لأثر في ترتب مؤداه، بخلافه فيما نحن فيه، لعدم صلاحية اللفظ للتأثير رأساً، فافهم.



## [في الاختيار]

مسألة : ومن شرائط المتعاقدين الاختيار<sup>(١)</sup>

والمرادُ به وقوع العقد عن إرادته، بحيث يكون مستقلاً في إيقاع مدلوله، فخرج به عقد المكره، فإن وقوعه ليس بإرادة المكره واختياره، بل بسبب إلزام المكره بالكسر على إنشائه، فليس المكره بالفتح مستقلاً في إيقاع العقد.

ويدلّ على اعتبار هذا القيد في تأثير العقد، مضافاً إلى الإجماع، قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»<sup>(٢)</sup>، وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ»<sup>(٣)</sup>، وقوله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةُ أَشْيَاءَ (أَوْ سِتَّةَ، ومنها) مَا أُكْرِهُوا عَلَيْهِ»<sup>(٤)</sup>.

وليس المرفوع فيها خصوص المؤاخذه، بقرينة استشهاد الإمام ﷺ في رفع بعض الأحكام الوضعية، كما في صحيحة البرنظي عن أبي الحسن ﷺ:

«فِي الرَّجُلِ يُسْتَكْرَهُ عَلَى الْيَمِينِ فَيَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَصَدَقَهُ مَا

---

١ - كتاب المكاسب: ١١٨.

٢ - سورة النساء: آية ٢٩.

٣ - عوالي اللئالي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.

٤ - وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٥٦ ص ٣٦٩.

يملك أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله ﷺ وُضع عن أُمّتي ما أكرهوا عليه، وما لم يُطبقوا، وما أخطأوا»<sup>(١)</sup>.

والحلف بالطلاق والعناق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالتبوي ليس رفع خصوص المؤاخذه والعقاب الأخروي. هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق.

ثم أن الإكراه على ما يستفاد من كثير من اللغويين<sup>(٢)</sup> القهر على ارتكاب الشيء، أو الحمل على الفعل كرهاً، فيعتبر في مفهومه الإجبار على الفعل، وهذا المعنى هو المستفاد عن صاحب «الكشاف» في تفسير قوله تعالى: «لا إكراه في الدين»<sup>(٣)</sup> حيث قال - على ما حكى عنه - بأنه ليس بناء الدين على الإجبار والقسر<sup>(٤)</sup>. وهذا المعنى هو المتبادر في العرف أيضاً لوقيل إن فلاناً أكره على كذا.

نعم يظهر من تفسير بعض اللغويين أنه حمل الشخص على الفعل المكروه<sup>(٥)</sup>. ولا يبعد أن يكون مراده الحمل الخاص، بمعنى إلزامه عليه، وإلا فلا شبهة أن مطلق الحمل ولو بنحو من الإلتماس بارتكاب المكروه لا يُعدُّ إكراهاً في العرف.

وبالجملة: لا ريب في اعتبار القهر والإجبار في تحقق الإكراه من حيث المفهوم، بحيث يخرج الفعل عن استقلال الفاعل، ويكون إيجاد سبب إكراه المُكره

١ - وسائل الشيعة: ج ٢٣ باب ١٦ ص ٢٣٧.

٢ - قال أحمد بن فارس: كره، يدل على خلاف الرضا والمحبة، يقال كرهت الشيء أكرهه كرهه، والكره الاسم. ويقال بل الكره المشقة، والكره أن تُكلف الشيء فتعمله كارهاً.

معجم مقاييس اللغة: ٥ / ١٧٢.

٣ - سورة البقرة: آية ٢٥٦.

٤ - الكشاف: ١ / ٣٠٣.

٥ - لسان العرب: ١٢ / ٨٠.

لا بإرادة الشخص واختياره.

ثُمَّ أَنَّ الفقهاء رضوان الله عليهم اعتبروا في تحقق الإكراه شروطاً ثلاثة على ما يستفاد منهم:

أحدها: إيعاد المكره بالكسر على أمرٍ على فرض المخالفة.

وثانيها: ظن المكره بالفتح بترتب ذلك الأمر المتوعد عليه لو خالفه، ومعلوم أَنَّ هذا الظن إنما يتولد من إحراز قدرة المكره على إيجاد ما وعده عليه، لأنّه لو لم يكن قادراً لما يظن الضرر، فالقدرة أيضاً معتبرة.

وثالثها: كون الأمر المتوعد عليه مضرّاً بحال الفاعل، أو متعلّقه، من نفس أو عرض أو مال.

والظاهر أَنَّ هذه الشروط معتبرة في تحقق مفهوم الإكراه، بحيث لا يتحقق عرفاً بدونها، لأنهم اعتبروها من دليل خارج، لما عرفت من أَنَّ القهر والإجبار معتبر في مفهومه، ولا يتحقق القهر والإجبار بفقد واحد من تلك الشروط، كما لا يخفى عن من له أدنى تأمل.

ثُمَّ أَنَّهُ هل يُعتبر في تحقق مفهوم الإكراه عدم إمكان التفصّي أم لا؟

والظاهر أَنَّ اعتباره في الجملة في تحقّقه ممّا لا تأمل فيه، لعدم صدق الإكراه عرفاً على من أكره على شرب الخمر، وكان المكره متمكناً من عدم الشرب بالخروج عن الدّار، وأمر غلامه بدفع شرّه، عنه وغير ذلك من التفصّيات، مع أنّه لو لم يخرج عن الدّار ترتّب الضرر عليه، لقدرته على الإيذاء في هذا المكان، ومع هذا لا يعدّ صدور الفعل عنه حينئذٍ إكراهاً، والسّر في ذلك أَنَّ ضرر المكره يرتفع بارتكاب أحد الأمرين، أعني ارتكاب الفعل، أو ما به يتحقّق التفصّي، فارتكابه أحد الأمرين إنّما هو باختياره وإرادته، فيكون مستقلاً حينئذٍ في الفعل.

وإن شئت قلت: إنّ من شرائط تحقق الإكراه قدرة المكلف على إيجاد ما

أوعده، وليس فيما أمكن التفصّي له القدرة على الإطلاق، إذ في صورة التفصّي به لم يكن له قدرة على الإيذاء، مع أنّ ظنّ الضرر في المقام ليس على الإطلاق، بل هو إنّما يكون على فرض عدم التفصّي، وترك التفصّي يكون باختيار المكرّه.

وكيف كان، فلا خفاء في اعتبار عدم إمكان التفصّي في صدق الإكراه، ولكنّ التأمل في تعيين مقداره.

فنقول: إنّ التفصّي في كلّ شيء بحسبه، بحيث لا يكون ارتكاب ما يتفصّي به أشقّ وأصعب من ارتكاب ما أكره عليه، بل ليس ذلك في نظر العرف تفصيّاً، لأنّه من قبيل ارتكاب ما هو أشدّ كراهة لدفع شرّ فعل مكروه، بل المناط في إمكان التفصّي هو أنّ يكون ارتكاب الفعل المتفصّي به أهون للمكرّه من ارتكاب ما أكره عليه، بحيث لو دار الأمر بين فعل أحدهما لجعل فعل ذلك مقدّمةً لترك ما أكره عليه، ومعلوم أنّ العبرة بأسهلية الارتكاب إنّما هو أسهليّته في نظر الفاعل، لا في نظر العرف، لأنّ المناط صدور الفعل لا عن استقلال، وهذا إنّما يتحقّق بالنسبة إليه من غير مدخلية لأهل العرف في ذلك، ففي كلّ مورد يكون ارتكاب ما يتفصّي به أصعب في نظره یرتکب ما أكره عليه عن إكراه.

وبعبارة أخرى: لا بدّ في صدق التفصّي من أنّ لا يكون ارتكاب الفعل المتفصّي به محذوراً في نظره، ويكون تعلّق قصده بعدم وقوعه، فيكون ارتكابه لا عن طيب النفس، وحينئذٍ فلا شبهة أنّ ذلك الفعل لا يكون تفصيّاً، لعدم الوقوع، وموجباً لخروج الفعل عن كونه مكرهاً عليه.

وقد يتوهم: أنّ هذا المعنى الذي ذكرناه لإمكان التفصّي، من وكوله إلى نفس الفاعل، في الاهتمام بما يتفصّي به وعدمه، موجبٌ لانفكاك معنى الإكراه في الأحكام الشرعيّة عنه في الأحكام الوضعيّة، إذ لا يلتزم أحدٌ بحليّة خمر أكره على شربه، مع إمكان التفصّي بارتكاب أفعال مباحة تعلّق غرض الفاعل بعدم وقوعه في الخارج، كالمعاشرة مع النّاس، ورفع اليد عن مطالعة يومه وليلته، أو ترك صلاة النافلة مثلاً،



مع أنّ ارتكاب هذه الأشياء من المكروهات الشديدة، بحيث بنى على عدم إيقاعها في الخارج، ومثل هذا الاهتمام موجبٌ لتحقيق صدق الإكراه بناءً على ما ذكرنا، مثلاً لو أكره على معاملة كذائية، وكان التفصّي عنها موقوفاً على رفع اليد عن مطالعة يوم وليلة، وكان ذلك نقضاً لغرضه ومكروهاً تحقّقه في الخارج، فأوقع المعاملة، يصدق الإكراه بناءً على ما ذكرناه، ويرتفع أثره من الثقل والانتقال، مع أنّه في مثل ذلك المقام لا يلتزم أحدٌ بحلّة الخمر.

لا يقال: إنّ ارتكابه وقع عن إكراه، بل لو ادّعاء الفاعل لكذبه أهل العرف، فلا بدّ أن يكون على هذا معناه في التكليفات مغايراً مع معنى الإكراه في الوضعيات. ولكنّ التوهم مدفوعٌ: بأنّ الملحوظ في صدق التفصّي في الأحكام ليس هو اعتبار الفاعل وقصده عدم وقوع الفعل المتفصّي به، بل المدار في ذلك هو قصد الشارع، إذ ليس قصد الفاعل في التكليفات إلّا تحصيل غرض المولى، فالمدار على غرضه، فلا بدّ أن يلاحظ حينئذٍ أنّ الشيء الفلاني في نظر الشارع هل يصدق عليه التفصّي عن ارتكاب شرب الخمر، بحيث لا يكون شرب الخمر حينئذٍ مكروهاً في نظر الشارع ولو دار الأمر بين ترك الشرب وارتكاب ذلك لجعل الإرتكاب مقدّمة للترك، فلا يحلّ الشرب حينئذٍ، بل يبقى حينئذٍ على حرمة، فالإكراه في كلا المقامين على معنى واحد، غاية الأمر أنّ صدق التفصّي في المعاملات وأمثالها دائر مدار اعتبار نفس الفاعل بالفعل المتفصّي به، وفي الشرعيات يدور مدار اعتبار الشارع. هذا كلّ ما لم يكن ارتكاب المتفصّي به ضرراً على نفس أو عرض أو مال، وإلّا فلا يتحقّق التفصّي أصلاً، لا في الأحكام الشرعيّة ولا في الوضعيات، لعدم صدق التفصّي مع التضرّر، ما لم يكن الضرر يسيراً بمقدار لا يعتني به العرف، وإلّا فيصدق التفصّي أيضاً.

ولا يخفى أنّ الضرر المانع عن صدق التفصّي، هو ما إذا لم يكن الضرر مقدّمة لتحصيل ترك ما أكره عليه، مثلاً لو أكره على شرب الخمر، وكان ترك الشرب

متوقفاً على 'مقدمة لا بدّ فيها من صرف المال، فلو ارتكب الشرب حينئذٍ لم يكن معذوراً، لعدم كونه مكرهاً، لتكّنه من الترك، غاية الأمر أنّ للترك مقدّمة، تحتاج إلى صرف المال، وهذا لا يخرجّه عن كونه متمكناً، وإلاّ فاللّازم من ذلك سقوط التكاليف التي تكون متوقّفة على صرف المال مقدّمة للامتنال، كشراء الماء للوضوء وغير ذلك عن كونها تكليفاً.

هذا كلّ ما إذا لم يستلزم تحصيل المقدّمة إجحافاً في صرف المال، وإلاّ فيصير حينئذٍ - أيضاً - من الموارد التي لا يمكن في نظر العرف، لصدق الضّرر حينئذٍ. وقد عرفت أنّ ارتكاب الضّرر ليس تفصيلاً، ولو كان يسيراً، ما لم يبلغ بحيث لا يعتني به أهل العرف، كيف ولو كان التضرّر تفصيلاً، لكان تحمّل الضّرر الذي يُوعَد عليه على ترك الفعل من إحدى التفصّيات، وهو بديهيّ البطّان، كما لا يخفى.



ثمّ إنّ ما ذكرناه من خروج الفعل عن كونه مكرهاً عليه، مع إمكان التفصّي، يُشكل الحال في التّوريه، ضرورة إمكانها في أغلب الموارد، من البيع والطلاق والعناق وغيرها من الموارد، فاللّازم عدم صيرورة الفعل مُكرهاً عليه في تلك الموارد، ضرورة أنّه حيثُ تمكّن المكره من قصد الأخبار في قوله (بعث)، ومع ذلك قصد الإنشاء لا يكون مكرهاً في إيجاد البيع، لأنّه يكفي في اختيارية الفعل اختيارية واحد من مقدّماته، فينحصر صورته فيما إذا لم يلتفت إلى التّوريه، أو كان المكره مطلّعاً على السرائر.

وهذا بعيدٌ غاية البعد، بل ضروريّ البطّان، لكونه مخالفاً للإجماع، بل ظواهر النّصوص، حيثُ لم يعد أحدُ التفصّي عن التّوريه تفصيلاً.

وقد يُنفصّي عن الإشكال بوجوهٍ غير خالية عن النّظر:

أحدها: أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التّوريه تعبّدي، لا من جهة

صدق حقيقة الإكراه.

وتوضيحه: أن إمكان التفضي وإن كان مُخرجاً للفعل عن كونه مكرهاً، حتى في صورة إمكان التورية، ضرورة أن الضرر المتوعد عليه إنما يتوعد على ترك ما أكره عليه، وترك التفضي معاً ترك خصوص ما أكره عليه، فهو مختار في ارتكاب كل منها لدفع الضرر، ولا يصدر كل منها حينئذ إلا باختياره فلا إكراه، وليس التفضي من الضرر أحد فردي المكره عليه، حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيها سلب الإكراه عنها، كما لو أكره على أحد أمرين، حيث يقع كل منها مكرهاً، لأن الفعل المتفضي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له، ولذا لا يجري عليه أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرنا وإن كان جارياً في التورية، إلا أن الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفضي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى في ذلك، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أن العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه. ومحصل ما ذكرنا: أن الفعل وإن كان حينئذ مختاراً فيه، إلا أن الشارع رتب عليه حينئذ آثار الإكراه، فيكون الفعل مكرهاً عليه حكماً لا حقيقةً.

ولا يخفى أن هذا التوجيه بعيد غاية البعد، حيث أنه علل رفع أثر الطلاق والعق و غيرها في غير واحد من الأخبار حال كونه مكرهاً عليه بوضع أثر الإكراه، ففي كل مورد لا يتحقق الموضوع كيف يُحكم برفع أثره؟، والتزام استعمال الإكراه في هذا المقام في غير معناه الحقيقي كما ترى.

الثاني: إن اللفظ الذي هو جزء السبب فيما يمكن التورية فيه بإرادة المعنى الآخر مكره عليه بلا شبهة، وهذا المقدار يكفي في عدم ترتب الأثر على الفعل، وإن كان صدور الفعل عن اختيار لاختيارية بعض مقدماته، بل لا يتحقق الإكراه في الحقيقة في أغلب الموارد من العقود والإيقاعات، كالبيع والإجارة والطلاق

والنكاح وغير ذلك، إلا بالنسبة إلى إيجاد السبب، أعني لفظ العقد، لأن إيجاد حقيقة هذه الأشياء يتوقف على قصد الإنشاء، وهذا أمرٌ معنوي لا يعقل الإكراه عليه إلا من المطلع على السرائر. ففي الحقيقة ليس الإكراه على البيع إلا الإكراه على السبب، الذي هو لفظة (بعت) الذي هو كاشفٌ عن إيقاع البيع في الخارج بحسب الظاهر، من بناء العقلاء على العمل على ظواهر الألفاظ، فعلى هذا أكرهه على التلفظ بشيء يكون بحكم العرف - لأخذهم بظواهر الألفاظ - موجباً للحكم بحصول التملك، وإلا فقد عرفت أن الإكراه على إيقاع البيع غير متصور.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن الشارع رفع أثر هذا الشيء المكروه عليه. وتوضيح ذلك: أن حصول البيع في الخارج متوقفٌ على تأثير اللفظ، وصلاحيته لكونه جزءاً للسبب، وبعد حكم الشارع بدفع أثره، وعدم قابليته لحصول النقل والانتقال به، يخرج هذا اللفظ عن صلاحيته، لكونه جزءاً للبيع الاختياري.

والحاصل: أن البيع الواقعي الذي يترتب عليه الأثر في نظر الشارع، يكون جميع أسبابه المستندة إلى البائع اختيارياً، وأما لو كان واحداً منها مكرهاً عليه لا يترتب عليه هذه الآثار، بل لا يتحقق البيع في الخارج في نظره، لتوقفه على جميع الأسباب، والمفروض أن السبب المكروه عليه لا أثر له:

هذا، ولكن يشكل هذا الفرق بما ذكره من التفريع، من أنه لو أكره على إيقاع بيع صحيح أو فاسد، فاختار الصحيح يقع البيع، لعدم حصول الإكراه بالنسبة إليه، مع أنه لا شبهة في كون لفظ (بعت) الذي أنشأ لإيقاع الصحيح هو مكرهٌ عليه، لكونه الجامع بينهما، وارتفاع أثره موجبٌ لعدم تحقق البيع في الخارج، ولو في ضمن الصحيح، مع أنهم لا يلتزمون به، وكذا يشكل في موارد آخر.

وبالجملة: الظاهر عدم كون ذلك مناطاً في رفع الأثر، بل المناط هو صدق كون الفعل مكرهاً عليه، ولا يصدق عليه ذلك بعد اختياريته واحد من مقدّماته،

كما لا يخفى.

الثالث: الفرق بين التفصّي بالتّوريه والتفصّي بغيرها في نظر العرف، حيث أنّهم يحكمون بتحقيق الموضوع في الأوّل دون الثاني، وهذا يكفي في رفع الأثر الأوّل دون الثاني، لصدور الأخبار بحسب متفاهم العرف.

وفيه: بعدم تسليم الفرق، أنّ فهم العرف أنّما يكون متّبعاً في مداليل الألفاظ لا في تعيين الصّدق، وليس الإشكال في استفادة المعنى، إذ ليس المفهوم في المقام مجملاً لما ذكرنا من دلالة على الإيجاب والقهر بمقتضى فهم العرف، وبعد تعيين معناه لو كان شيء في نظر العرف مصداقاً له، ونحن نعلم عدم صدق المفهوم عليه بخطأهم في فهمهم ولا يوجب فهمهم، ذلك تنزيل الرّواية عليه، لأنّ موضوعها الإكراه، ونحن نعلم عدم تحقّقه في المقام، كما لا يخفى.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ الأشياء التي يكون المكره بسببها مختاراً في إيجاد المكره عليه بحيث لا يترتب على تركه الضرر المتوعّد عليه على قسمين:

قسم: يكون إيجاد سبباً لرفع الإكراه عن أصله، ولا يترتب على ترك ما أكره شيء من الضرر، سواء علّم المكره بالترك، أم لم يعلم، مثل ما أكره على شرب الخمر، وكان متمكناً من ترك الشرب بالخروج عن المجلس وأمره خدامه على دفع شرّه، وهذا التمكن في الحقيقة يرفع موضوع الإكراه، إذ من مقومات مهية الإكراه قدرة المكره على إضراره لو امتنع عن إيجاد، وكذا خوف التضرر في الترك، مع أنّ المفروض علمه بعدم التضرر على الترك لو خرج عن المجلس مثلاً، ولذا لا يكون المكره مع علمه بالامتناع قادراً على إضراره، وعلى هذا لو لم يتفصّ وارتكب الشرب، يصدق أنّه شرب الخمر بإرادته واختياره، ولم يكن مكرهاً في الفعل، لعدم تحقّق شرائط الإكراه لعدم خوف التضرر على الترك.

وإنّ أمكن المناقشة فيه بأنّ خوف التضرر على الترك حاصل عند عدم ارتكاب ما يتفصّى به، فالإكراه صادق.

ولكن الإنصاف عدم تحقق الخوف مع تمكنه من التفصي، إذ الخوف على تقديره معناه عدم الخوف المحقق فعلاً، مع أن الخوف أمر قلبي لا يتحقق مع اطمئنان القلب بتمكنه من رفع شر الإكراه.

والحاصل: أن المكره في هذا القسم من الإكراه متمكن من ترك الفعل، ودفع شر المكره، ودفع تمكنه عن اضراره، كما لا يخفى.

وقسم: لا يكون المكره بالفتح قادراً عن دفع تمكن المكره عن اضراره، ويكون الضرر المتوقع عليه مزنون الترتب - على فرض الامتناع، لو علم المكره بالامتناع - فلا يكون المكره في هذا القسم قادراً على رفع الإكراه، بخلاف القسم الأول، ولكنه متمكن من عدم إيجاد ما أكره عليه، بإيجاد ما يشابهه في الصورة، واشتباه الأمر على المكره، ومعلوم أن القدرة على الاشتباه لا توجب رفع موضوع الإكراه، بل لو أوجد ما يشابه المكره عليه بحيث يشبهه على المكره أنه أوجد يصدق على ما أوجد أنه مشابه لما أكره عليه حقيقة، ولو أوجد نفس ما أكره يصدق عليه أنه أكره بهذا الفعل حقيقة، إذ ليس معنى الإكراه أن لا يكون مختاراً في أصل الفعل أصلاً، بل المراد أن يكون إرادته في الفعل مقهوراً لإرادة شخص آخر، بحيث لا يكون مستقلاً في الفعل. وتمكنه من الاشتباه غير موجب لاستقلال إرادته، لمقهوريته في إيجاد شيء من الأشياء، وكونه مكرهاً عليه، أما نفس الفعل أو ما يشابهه، فأيهما يصدر منه كان عن إكراه، وبعد رفع الشارع أثر الإكراه، يرتفع أثر هذا الفعل.

إن قلت: إن مقتضى ما ذكرت أنه لو أكره على جنس وكان تحته صحيح فاسد، لو اختار الصحيح أن لا يتحقق البيع صحيحاً، لكونه مكرهاً عليه، مع أنك لا تلزم به؟

قلت: فرق بين ما نحن فيه وبين الإكراه على الجنس، لأن الإكراه فيما نحن فيه تعلق بالفعل الخاص، وليس المشابه مكرهاً عليه في الحقيقة. غاية الأمر أنه مكره

عليه صورةً، فإنَّ الإكراه لا يتعلَّق به أصلاً، ولكنَّه لما أوجد الفعل الذي أكرهه عليه يكون هذا هو المكروه عليه صورةً.

وبالجملة: أنَّ المكروه عليه إنَّما هو خصوص الفعل، فارتفع أثره، وهذا بخلاف الإكراه على الجنس، إذ الجنس من حيث هو لا أثر له حتَّى يرتفع بالإكراه، بل الأثر إنَّما هو للخصوصية، وليس في إيجاد الخصوصية مكرهاً عليه، وأمَّا أنَّه لا أثر لنفس الجنس، فلأنَّه لو كان الأثر لنفس الجنس لامتنع تخلُّفه عنه، مع أنَّ الجنس يتحقَّق في ضمن الفاسد بلا أثرٍ، فيكشفُ ذلك عن عدم كون الأثر للجنس، فافهم وتأمل.

وقد استدلَّ على رفع أثر فعل المَكْرَه في المعاملات، بما يدلُّ على عدم حليَّة مال الغير إلَّا عن طيب نفسه وما لم يكن تجارة عن تراضٍ، ونسبته هذه الأدلَّة مع حديث الرِّفع العموم والخصوص من وجه، لصدق الحديث في رفع الأحكام التَّكليفية، مثل حرمة شرب الخمر حال الإكراه، بخلاف هذه الأدلَّة حيث أنَّها في خصوص المعاملات. وأمَّا صدقها بدونه، كما لو التمس في إيقاع معاملة من لا يسعه مخالفتها، فأوقعه حياءً، بحيث لا يكون البائع مثلاً مستقلاً في إرادته، إذ ربَّما يوجد مرتبةً من الحياء، ويتحقَّق مقدار من الالتماس بحيث لا يكون الإنسان متمكِّناً من ترك الفعل، فيوقعه حياءً، ولا يكون طيب النَّفس به كما لا يخفى.

وهذه الأدلَّة تدلُّ على رفع آثارها. ومعلومٌ أنَّه لا يصدق الإكراه في أمثال هذه المقامات، وقد يتصادقان كما في المعاملات المَكْرَه عليها.

وليعلم أنَّ المراد بطيب النَّفس، وكذا التَّراضي في التَّجارة، ليس هو محبوبة الفعل، وكون الفاعل راضياً من حيث هو، لأنَّه كثيراً ما يَكْرَه الإنسان بعض المعاملات، ويحبُّ عدم وقوعها أصلاً، كيبيع داره أو كتبه التي يحتاج إليها دائماً، بل مكرهٌ في غاية الكراهة، بل المراد استقلاله في الأمر، واختياره بنفسه بعد ملاحظة الجهات، بحيث لا يكون استناد صدور الفعل إلى غيره، هذا هو معنى طيب النَّفس والرِّضا بالفعل.

وإن شئت قلت: إن هذه الأفعال وإن كانت مكروهة في نفسها، ولكن الفاعل بعد ملاحظة جهات الفعل، واحتياجه إلى ثمنه مثلاً، والجائه إلى إيقاع الفعل، يختار عن طيب النفس، كيف وقد يتشبهت بأذيال من يتوسط في رضاء الطرف المقابل بإيقاع العقد في هذه المعاملات، لشدة الحاجة إليها، وهل هذا إلا من كثرة طيب النفس بها بعد ملاحظة الحاجة إليها، فالرضا المعترف في ترتب الأثر إنما هو كون الفاعل مختاراً في فعله، إن شاء فعل وإن شاء ترك، كما لا يخفى.

ثم أنه لو أكره على جنس كان تحته صحيحاً وفاسدً، فاختر الصحيح، كان صحيحاً، لما عرفت آتفاً من أن الجنس لا أثر له حتى يرتفع، وهو في الخصوصية مختار فيترتب عليها أثرها، وأما لو كانت الأفراد المندرجة تحته جميعها ذا أثر كالإكراه على بيع داره أو عبده أو فرسه وغير ذلك، فاختر كلاً منها يقع باطلاً، إذ الأثر إنما هو للجنس، بمعنى أنه أكره على أمر ذي أثر، ولو كان الجامع أمراً منتزعاً كعنوان أحدهما المردد بين شيئين، إذ يكون في كل منهما أثر، إذ لا فرق بين كون الجامع متصلاً أو منتزعاً، وقد رفع الشارع أثر هذا الفعل المكروه عليه.

وأما الخصوصية، وإن كان مختاراً فيها، إلا أنه لا أثر لها، ولا يبعد ترتب آثار الخصوصية الزائدة التي لا تكون من آثار الجنس، لعدم تعلق الإكراه بالنسبة إليها، كما عرفت مراراً.

ولو أكره على حق وغير حق، كإيفاء حق له عليه، فاختر غير الحق كان صحيحاً، لأن الجامع غير مرتفع الأثر، لأنه لو كان الجامع مرتفع الأثر للزم أن لا يكون الإيفاء صحيحاً، لما عرفت من أن رفع أثر الجنس يستلزم أن لا يؤثر ذلك الجنس أصلاً أيما وجد، فإذا فرضنا تأثيره في مكان يكشف ذلك عن عدم مرفوعية أثره بما هو هو، فالإكراه على أحدهما - في المثال المتقدم - ليس مرفوع الأثر من حيث هو إكراه على هذا الجامع، بل المرتفع إنما هو أثر الإكراه على غير الحق بخصوصه. وقد عرفت أن الخصوصية ليست مكراً عليها، في المثال فما هو المكروه



عليه، - أعني الجنس بما هو - غير مرتفع الأثر، وما يكون الإكراه فيه مؤثراً - أعني خصوص غير الحق - ليس مكرهاً عليه.

وبعبارة أخرى: أن الإكراه على حق أو باطل على سبيل التردد والتخير فيها يكون حقاً بوجه، فلو اختار الباطل وقع صحيحاً، ومعنى كون الإكراه حقاً جوازه للمكره وعدم منعه عنه. فعلى هذا يكون أثر نفس الإكراه مرتفعاً، ومتى ارتفع أثر نفس الإكراه الذي جعله الشارع له، فيكون الإكراه بمنزلة العدم، فيصير المكروه عليه كأن لا اكراه فيه في ترتب الأثر عليه، فرفع أثر الإكراه مستلزم لشبوت أثر المكروه عليه وبالعكس، والمراد ببطان الإكراه أن لا يكون للمكروه السلطنة عليه في الواقع فيكون أثر نفس الإكراه ثابتاً ويستلزم ذلك رفع أثر المكره عليه، كما عرفت آنفاً. فالإكراه على الجنس باعتبار تحققه في ضمن الحق مرتفع الأثر، فلا يكون الإكراه مؤثراً، وباعتبار تحققه في ضمن غير الحق يكون مؤثراً في رفع أثره، فالإكراه باطل بهذا الوجه، وإذا كان الجامع باعتبار تحققه في ضمن هذا الخاص غير مرتفع الأثر، وباعتباره في ضمن ذاك مرتفع الأثر، يكشف ذلك عن أن الجامع من حيث هو جامع مرتفع الأثر، وإلا لأثر في ذلك أيضاً، وما هو غير مرتفع الأثر، فهو أثر نفس الخاص لأجل خصوصيته، وإذا كان التقدير تقدير الاختيار في الخصوصية، فلا وجه لبطان هذا الخاص، لأن الجنس غير مرتفع الأثر، والخصوصية صدرت عن اختيار، وهذا نظير ما ذكره بعض المحققين من أن التكليف بما هو مردد بين المقدور وغير المقدور، تكليف بالمقدور.

وتقريبه: كما ذكرنا من أن الجنس باعتبار إمكان إيجاده في ضمن الفرد المقدور يكون المكلف بهذا الاعتبار متمكناً من الامتثال، وأمّا الفرد الغير المقدور فليس بخصومه مكلفاً به، فما هو المكلف به مقدورٌ باعتبار الإيجاد في ضمن بعض الأفراد، وما هو غير المقدور - أعني نفس الخصوصية - فهي غير مكلف بها، فافهم.

ثمَّ أنه لو أكره شخصان على فعل واحد على سبيل الكفاية، لو ارتكب كل واحد منهما يكون الفعل مكرهاً عليه، وهو بمنزلة إكراه شخص واحد على شيئين على سبيل التخيير، لأنَّ الملاك في صدق الإكراه هو إيجاد الفعل لا عن استقلال وطيب النفس، بل كان السبب في إيجاد دفعه شرَّ المَكْرِه، وعدم الضرر المترتب حصوله على فرض الترك. وهذا المعنى متحقق في المقام.

نعم، يعتبر في تحقق الضرر المعتبر في صدق الإكراه، ظنه بعدم إقدام صاحبه على الفعل، هذا إن اعتبرنا الظنَّ في صدق الإكراه.

وأما إن اعتبرنا مطلق خوف ترتب الضرر - كما لا يبعد قوّته - فيكفي في المقام عدم العلم باقدام الآخر عليه.

وكيف كان، فالظاهر دوران الإكراه مدار خروج الفعل عن الاستقلال وطيب النفس، ولا ريب في تحقّقه في المقام.

ولو أكره في توكيل الغير إيقاع العقد، الظاهر فساد العقد وصيرورته فضولياً، لرفع أثر الوكالة، فهي بمنزلة العدم، فيكون إمضاء العقد الصادر عن الغير متوقفاً على إجازته، كما لا يخفى.

ولو أكره الغير في قبول الوكالة عن نفسه، بأن ألزمه على إيجاد بيع عن نفسه فأوجده مكرهاً عليه، الظاهر صحّة العقد ولزومه، إذ المعتبر في العقد هو رضا المالك لا العاقد، ولا أثر لرضاه، والمفروض أنّ رضا المالك متحقق، وإلا لما أكرهه عليه، فلو صدر العقد بشرائطه من اللفظ وقصد المعنى، ولو من الغير، فليس المانع عن التأثير إلا طيب النفس للمالك، وهو في المقام متحقق، فالعقد المستجمع لشرائطه المقرون بطيب نفس المالك يؤثر أثره.

وأما ما يتوهم: من عدم سببية لفظ المكره للتأثير مطلقاً، وكونه بمنزلة العدم بعد رفع أثر الإكراه، فهو بمنزلة المجنون واللاغي.

فمدفوع: بعدم صلاحية ما ذكر لرفع التأثير مطلقاً، ولو على سبيل الجزئية

المتوقفة على الرضاء، مع أنه صدر عنه قاصداً وقوعه على ما هو مفروض الكلام في المقام، إذ ليس المانع حينئذٍ إلا عدم الطيب، وبعد فرض تحققه في الخارج ممن هو معتبر منه، فلا مانع من تأثير العقد، كما سنوضحه فيما بعد إن شاء الله تعالى.



## [تَعْقُبُ الْعَقْدَ بِالرِّضَا]

ولو أكره على عقد وأوجده عن إكراهٍ، ثمّ تعقّبه الرّضاء، هل يصحّ ذلك العقد أم لا؟

وجهان، بل قولان، والأقوى هو الأوّل، وهذا هو المشهور فيما بين المتأخّرين على ما حكى عنهم من أنّهم قائلون بصحّة عقد المكره لو لحقه الرّضاء. والدليل على ذلك: أنّ العقد صدر عن أهله جامعاً لجميع شرائطه، فيشمّله عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود، إذ غاية ما في الباب تقييد موضوع الدليل بالأدلة الخارجيّة، ممّا دلّ على عدم حلّية مال المسلم إلّا عن طيب نفسه وغير ذلك، بما إذا كان العاقد راضياً بمضمون العقد، فيكون موضوع الأمر بالوفاء هو العقد الذي كان العاقد طيب النفس بمضمونه، والقيد متحقّق فيما نحن فيه على ما هو المفروض. وأمّا اقتران صدور العقد بكونه عن طيب النفس، فلا دليل على اعتباره، بل غاية ما يستفاد هو اشتراط الطيب في جواز التصرف، وهذا يدلّ على أنّ العقد الذي لا يكون العاقد طيب نفسه بتحقيقه ليس بلازم الوفاء، وأمّا اشتراط مقارنة الطيب معه فلا.

وتوهم: اعتباره في مفهوم العقد.

مدفوع: بصدق العقد عرفاً، مجرداً عن الطيب، حيث يقال أنه باع عن كراهة، وذلك لأن العقد بمعنى العهد، وهو صادق مع الإكراه أيضاً، لجواز قولنا إن فلاناً ما كان راضياً بالمعاهدة التي وقعت بينه وبين غيره مثلاً، ولا يصح سلبها حينئذٍ، وهذا إمارة الحقيقة، مضافاً إلى استلزامه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة، مع أن الالتزام به مشكل، كما لا يخفى.

وقد يتوهم: انتفاء القصد في المقام، فيخرج العقد حينئذٍ عن قابلية التأثير مطلقاً.

ولكن التوهم: فاسدٌ، لما عرفت سابقاً من أن مسألة اعتبار القصد مغاير لمسألة اعتبار الطيب، والكلام في هذه المسألة بعد الفراغ عن هذه المسألة، وبعد فرض المكره قاصداً لإنشاء العقد، ولكنه لا عن طيب النفس، فليس للتوهم المذكور مجال، إذ بعد هذا الفرض تخرج المسألة عما نحن فيه وتدخل في المسألة السابقة، أعني ما ليس العاقد فيه قاصداً لإنشاء مدلوله، فهو حينئذٍ بمنزلة عقد الهازل والمجنون، بخلافه فيما نحن فيه، حيث أن العاقد فيه شاعرٌ قاصداً لإنشاء مدلول الكلام، ولكنه لا عن طيب النفس، فلا مانع عن التأثير حينئذٍ بعد لحوق الطيب، ويجب الوفاء به حينئذٍ بمقتضى العمومات.

وقد يشكل ذلك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup> الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي، وبالنبوي المشهور الدال على رفع حكم الإكراه.

أما الجواب عن<sup>(٢)</sup> الآية: ففيه أن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي، إما بمفهوم الحصر، وإما بمفهوم الوصف، ولا حصر فيها، لأن الاستثناء

١ - سورة النساء: آية ٢٩.

٢ - كتاب المكاسب: ١٢٢ سطر ١١.

منقطع فهو بمنزلة الاستدراك بكلمة لكن كلوا أموالكم إذا كانت تجارة مكسوبة عن تراض، على 'قراءة الرفع، وعلى 'قراءة التصب، يُحتمل أن يكون تقديره إذا كانت الأموال أموال تجارة.

وأما مفهوم الوصف فعلى القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، كما في «وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ»<sup>(١)</sup>. ويحتمل كون الظرف خبراً بعد خبر. وعلى هذا فعدم دلالة على انحصار حلية الأكل بكونه متجاوزاً عن التراضي أظهر.

نعم يمكن دعوى إفادة حصر سبب الحلّ في التجارة من الآية، لكونها في مقام التّحديد، ولكن ورود الوصف مورد الغالب يمنع عن الاستدلال بها لمسبوقية الرضا، وسيجيء مزيد توضيح لذلك في بيع الفضولي إن شاء الله.

وأجاب شيخنا رحمته في المكاسب عن الإشكال بحديث الرفع بجوابين. «أما أولاً: فبأن المرفوع فيه هي المؤاخذه، والأحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره وإلزامه بشيء، والحكم بوقوف عقده على رضاه، راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه»<sup>(٢)</sup>.

توضيحه: أن الرواية تدلّ على أن العقد الصادر عن إكراه لا يكون المكره ملزماً على الجري على مقتضاه، ولكن له أن يرضى بما أنشأه بهذا العقد الإكراهي، وليس إلزامه بعد الرضا بنفس العقد حتى ينافي الرفع، بل الإلزام إنما نشأ من إمضائه، فإكراهه صار سبباً لاختياره في الأمر، بحيث لو شاء لأمضى مفاد العقد، ولو شاء لأبطله فهو موقوف على مشيئته.

ويمكن تقريره بوجه آخر ولعله أبعد عن الإيراد بأن يقال: إن الرواية لما كانت في مقام الامتنان، فيجبُ القصر على مورده، وهو يحصل بنفي الإلزام عن المكره، وأما إخراج العقد عن قابليته مطلقاً فليس فيه امتنان، بل ربما يكون

١ - سورة النساء: آية ٢٣.

٢ - كتاب المكاسب: ١٢٢، سطر ١٣.

الامتنان بتركه وإيكال الأمر إلى مشيئة المُكْرَه كما لا يخفى.

وثانياً: إنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المُكْرَه عليه لولا الإكراه يرتفع إذا وقع مكرهاً عليه، كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً، وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأن أثر العقد الصادر من المالك - مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه - السببية المستقلة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه - حيث أنه جزء العلة التامة للملكية - لم يكن ثابتاً للفعل، مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به، إذ المفروض أن الجزئية ثابتة بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه.

وبعبارة أخرى: أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار الإكراه وهو اللزوم المنفي بهذا الحديث والمدعى بثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالإكراه؟

لكن يرد على هذا: أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المُكْرَه ووقوفه على الرضاء اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصالة الفساد.

وبعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المُكْرَه لم يبق لها دلالة على حكم المكره،

اللهم إلا أن يقال<sup>(١)</sup>: إن الإطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم

١ - لا يخفى أن هذا التوجيه لا يصحح الجواب السابق، بل هو بمنزلة جواب مستقل، لأن مبنى الجواب السابق حكومة حديث الرفع على الإطلاقات، ورفع آثارها، أعني السببية المستقلة، وهذا التوجيه مبني على عدم الحكومة بوجه، فليس هذا مصححاً له، مع أن سياق العبارة يقتضي كونه توجيهاً له، فتدبر.

الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ، ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به ، سبقه الرضا أو لحقه ، ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها ، إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له ، والمرضي به بالرضا اللاحق فأنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف ولا نقول بتأثيره ، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضاء في تأثيره ، ووجوب الوفاء به ، فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً ، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام ، وهذا أمر لا يرتفع بالإكراه ، لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض .

إلا أن يقال : إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة ، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكروه عليه ، لأن التأثير الناقص أيضاً أُسفيد من الإطلاقات بعد تقيدها بالرضا الأعم من اللاحق ، وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً ، إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه . وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وتعقبه للرضا .

وكيف كان ، فذات العقد المكروه عليه - مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له - لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام ، وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له<sup>(١)</sup> فتأمل انتهى كلامه رفع مقامه .

إن قلت : فلم خصص العمومات أولاً بحديث الطيب ، ثم لاحظ النسبة بينها وبين حديث الرفع ، مع أنها في عرض واحد من حيث كونها متعرضين لها ؟ غاية الأمر أن تعرض حديث الرفع على وجه الحكومة ، وحديث الطيب على وجه التخصيص . ومعلوم أن هذا الفرق غير موجب لتقديم أحدهما على الآخر ، فلا بد أن



يلاحظ العام بالنسبة إلى كلٍّ منها فيخصّص بأدلة الطّيب بالعقد المرضي به مطلقاً سواء سبقه الرّضا أو لحقه، والمراد بسبق الرّضا أن يكون العقد في حال تحقّقه واجداً له، ويكون مقارناً معه، وبأدلة الرّفْع يُخصّص بالعقد المسبوق بالرّضا، ويخرج الفرد الآخر أعني ما لحقه الرّضا، وعلى هذا فلا يستقيم ما يتفرّع عليه من عدم الحكومة له عليها مطلقاً.

قلت: والسّر في ذلك أن حديث الرّفْع مسوق لبيان رفع الآثار الشرعيّة الثّابتة بمتعلّقات هذه الأشياء التّسعة، بحيث لو لا ذلك الحديث لكان الأثر ثابتاً لها حين عروض كلٍّ من هذه الأشياء أيضاً، فرفع أثر ما أكرهوا عليه مثلاً لا يعقل إلّا بعد كون الشيء المكرّه ذا أثر، وقد تبين أن نفس العقد من حيث هو لا أثر له لأنّ تأثيره متوقّف على الرّضا، فما يسبقه الرّضا لا يتعلّق به الإكراه، وما يتعلّق به الإكراه - أعني العقد بدون الطّيب - لا أثر له حتّى يرتفع.

وملخصه: أن حكومة حديث الرّفْع على الأدلّة والعمومات أنّما هي بعد انضمام جميع الشّرائط والقيودات، وأمّا قبله فلا إذ لا أثر لها حتّى يرتفع، فذات العقد من حيث هي مع قطع النّظر عن الرّضا لا أثر لها، فلا يؤثّر الإكراه في شيء.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ ذات العقد أيضاً لها أثر مجعول، لكونها جزء للعقد المرضي به عقلاً، وإذا كان الأثر المجعول للمجموع فلكلّ جزءٍ قسط من الأثر الجعلي لحكم العقل، مثلاً الإيجاب المنفرد أثره أنّه لو انضمّ إليه القبول لتحقّق الثّقل والانتقال، وهذا أثرٌ جعلي لهذا الجزء، ولا ينافي ذلك عدم كون الجزئية مجعولاً لكونها أمراً عقلياً كما لا يخفى، ويرتفع هذا الأثر الناقص أيضاً بحديث الرّفْع، كما يرتفع به أثر التّام أعني أثر المجموع المركّب، بل لو لوحظ العقد في نفسه ليس هذا الأثر أثراً ناقصاً له، والناقصة أنّما هي بملاحظة المجموع، وأمّا نفس الجزء فأثره التّام إنّما هو هذا الأثر الناقص بملاحظة المجموع، فحديث الرّفْع يرفعه.

وأمّا قول الشيخ رحمه الله «وكيف كان... الخ».

فهو مسوقٌ لإثبات أصل الجزئية، وكونه جزء المؤثر بحكم العقل، فيكون له قسط من التأثير بحكم العقل، لجزئيته حال كونه مجعولاً، ويفصح عن ذلك التأويل، وكونه جزء المؤثر، متمماً لما سبقه، وأمّا إرجاعه إلى قبل ما قبله فبعيدٌ.



## [في إذن السيّد]

مسألة: ومن شروط المتعاقدين اذن السيّد لو كان العاقد عبداً<sup>(١)</sup> وليعلم أولاً: أنّ محلّ الكلام في هذه المسألة أنّ مملوكيّة العبد للغير من حيث كونه مملوكاً هل هو مانع عن نفوذ أمرٍ ومضيّ عقد أم لا؟  
فالكلام في هذه المسألة ممحّض لبيان فساد عقد العبد من حيث كونه عبداً، لا لأجل كونه عاصياً لمولاه، حيث أنّه يتصرّف في لسانه الذي هو ملك له فيوجبُ فساد العقد، لأنّ دعوى كون التصرّف في اللسان معصية، كدعوى كونها موجبة للفساد فيها، ممنوعة.

وكذا ليس الكلام في فساده لأجل عدم كونه مالكاً لشيء، فلا يصحّ بيعه مثلاً لاندراجه حينئذٍ تحت الفضولي، أو لكونه محجوراً عن التصرّف على القول بملكه، فيكون بمنزلة عقد السفّيه والمفلّس.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّّه يعتبر في عقده اذن سيّده وامضائه، ولا يجوز بدون رضاه مطلقاً، لو كان مستقلاً في الأمر، سواء كان لنفسه في ذمّته، أو بما في يده، أم لغيره، لعموم عدم استقلاله في أموره، قال الله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا

لَا يَقْدَرُ عَلَى شَيْءٍ<sup>(١)</sup>.

والظاهر كون الوصف أعني قوله «لا يقدر» موضحاً ومفسراً للموصوف لا مخصصاً، وإلا لزم خلوّ ذكر الموصوف عن الفائدة، إذ يكفي حينئذٍ في المثال ذكر استواء من يقدر على شيء ومن لا يقدر على شيء لأنّ العبد على هذا الفرض كغيره منقسم على قسمين: قسم يقدر على شيء، وقسم لا يقدر، فاختصاص العبد في المثال بالذكر غير مناسب، وحينئذٍ فالظاهر تشبّه الأصنام بالعبد المملوك الذي يكون من أوصافه اللازمة له عدم قدرته على شيء، والمراد بعدم القدرة كون الأفعال بحيث يترتب عليها شرعاً الآثار المقصودة منها، لا أنّه لا يترتب عليها حكم شرعي، كيف وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار، ولا عدم القدرة على فعل من الأفعال مطلقاً، ضرورة صدور الأفعال الكثيرة منها، فالآية تدلّ على نفي ترتّب الأثر الشرعي المقصود على فعل العبد دون احكامه الثابتة له، كوجوب الغسل عليه المترتب على جنابته وغير ذلك.

وكيف كان فلا يترتب على إنشاءات العبد آثارها من دون اذن المولى بمقتضى الآية.

ولا تنوّه أنّ الآية تدلّ على نفي القدرة بالنسبة إلى التصرفات المالية دون غيرها، بقرينة قوله تعالى فيما بعد: «وَمَنْ رَزَقْنَاهُ رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا»<sup>(٢)</sup>، لأنّ ذكر الرزق ليس لإفادة انحصار القدرة في الإنفاق، بل إيراد لإثبات كمال القدرة، وأنّه قادر على كلّ شيء بخلاف العبد، كما لا يخفى.

ويدلّ أيضاً على المطلب ما عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قالوا:

١ - سورة النحل: آية ٧٥.

٢ - سورة النحل: آية ٧٥.

«المَمْلُوكُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَلَا طَلَاقُهُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ.

قلت: فَإِنَّ السَّيِّدَ كَانَ زَوْجَهُ، بِيَدِ مَنْ الطَّلَاقُ؟

قال: بِيَدِ السَّيِّدِ «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»

أَفْشَى الطَّلَاقِ؟<sup>(١)</sup>

والظَّاهِرُ مِنْ عَدَمِ الْقُدْرَةِ، خُصُوصًا بِقَرِينَةِ الرِّوَايَةِ، نَفْيُ قُدْرَتِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ، بِحَيْثُ يَكُونُ مُسْتَقْلَلًا فِي الْأَمْرِ، وَيَسْتَنْدُ الْأَمْرَ إِلَيْهِ بِنَفْسِهِ، فَلَا يَنَافِيهَا تَحَقُّقُ الْعَقْدِ حَالِ كَوْنِهِ مَأْذُونًا مِنَ الْمَوْلَى، إِذْ يَصْدُقُ حِينَئِذٍ أَيْضًا أَنَّهُ عَلَى إِيقَاعِ الْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ هُوَ، بَلِ الْقُدْرَةُ أَمَّا طَرُوتُ مَنْ قَبْلَ الْمَوْلَى، فَلَيْسَ هُوَ بِنَفْسِهِ قَادِرًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ حِينَئِذٍ تَخْصِيصًا فِيهَا، كَمَا لَا يَخْفَى.

ثُمَّ أَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مَا اسْتَظْهَرْنَا مِنَ الْآيَةِ مِنْ كَوْنِ الْوَصْفِ مَفْسَّرًا، وَكَوْنِهِ مِنَ الْعَوَارِضِ اللَّازِمَةِ لِلْعَبْدِ، مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ عَبْدًا، هُوَ مِنْ لَوَازِمِهِ الْذَاتِيَّةِ فِي نَظَرِ الْعَرَفِ، بِمِلَاحِظَةِ مَفْهُومِهِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ دَلَالَةِ الْآيَةِ، لِأَنَّ مَعْنَى الْمَمْلُوكِيَّةِ كَوْنُ رَقَبَتِهِ مُلْكًا لِلْغَيْرِ فَيَتْبَعُهَا أَفْعَالُهُ، فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْلَالُهُ فِيهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ ذَلِكَ الْغَيْرِ وَاجَازَتِهِ، وَكَيْفَ لَا يَكُونُ زَمَامُ أُمُورَاتِهِ بِيَدِ الْمَوْلَى مَعَ كَوْنِ رَقَبَتِهِ مُلْكًا لَهُ.

وَكَيْفَ كَانَ، فَلَا إِشْكَالَ فِي كِفَايَةِ إِذْنِ الْمَوْلَى فِي صَحَّتِهِ، لِعُمُومِ مَا دَلَّ عَلَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ، وَالْآيَةُ لَا تَدُلُّ إِلَّا عَلَى فُسَادِ مَا لَوْ كَانَ مُسْتَقْلَلًا فِيهِ، وَأَمَّا لَوْ كَانَ مَقْرُونًا بِالْإِذْنِ فَصَحَّتْهُ غَيْرُ مَنَافٍ لَهَا، كَمَا عَرَفْتَ فِيمَا سَبَقَ، فَيَقْتَصِرُ فِي التَّخْصِيصِ عَلَى 'مَقْدَارِ دَلَالَةِ الْمُخَصَّصِ، فَالْبَاقِي مَنْدَرَجٌ تَحْتَ الْعَامِ.

وَأَمَّا مَعَ إِجَازَتِهِ الْأَلْحَقَةِ فِيهِ وَجْهَانِ:

مِنْ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ مُسْتَقْلَلًا فَيَكُونُ وَيَسْتَحِيلُ انْقِلَابُهُ فِيمَا بَعْدُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْفُسَادَ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِنَفْسِ الْإِنْشَاءِ الصَّادِرِ، وَمَا صَدَرَ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَغَيَّرُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ،

إذ قد عرفت أنّ المنع في المقام ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ الغير، حتّى يقال إنّ له أن يرضى بما وقع عليه من التصرف في السابق.

ومن أنّ الدليل المخرج إنّما دلّ على فساد كلّ أمرٍ لا يكون للمولى فيه مدخلية بوجه من الوجوه، فالباقي مندرجٌ تحت العمومات، ومن جملة العقد المتعقّب بالرّضا، ولو شكّ أيضاً وجب الأخذ بمقتضى العموم في مورد الشك، لكونه شكّاً في أصل التّخصيص، زائداً على ما علّم تخصيصه، أعني ما لو كان مستقلاًّ فيه، وهذا الوجه هو الأقوى.

إن قلت: هب أنّ المقام مقام استصحاب حكم المخصّص، حيث أنّ هذا العقد لا يجبُ الوفاء حال صدوره، فيكون العمومات مخصّصاً به قطعاً، فلا يجوز التمسك بها بعد إمضاء المولى لو شكّ في وجوب الوفاء، لسقوط العام بالنسبة إلى هذا الفرد عن الاعتبار، بل المبرهن في محله أنّه يستصحب حينئذٍ حكم المخصّص.

قلت: إنّ العقد المتعقّب مشكوكُ الخروج رأساً، أو معلومٌ عدمه، لا أنّه معلوم الخروج في زمانٍ، ثمّ شكّ في دخوله بعد ذلك.

نعم بقي هنا إشكال: وهو أنّه كيف يؤثر الرّضا اللاحق في العقد السّابق، ولكن يهون الأمر اشتراك ورود الإشكال بين ما نحن فيه وبين الفضولي، وكذا عقد المكرّه، وسيتّضح رفعه إن شاء الله في مبحث الفضولي.

ويمكن أن يُجاب عن الإشكال أيضاً: بعدم جواز استصحاب حكم المخصّص فيه في صورة الشك، بل المرجع فيه هو الرّجوع إلى اطلاق الدليل الراجع إلى العموم الأحوالي، لأجل دليل الحكمة، وما أسقط عن الاعتبار بالنسبة إلى هذا العقد هو عمومهُ الأفرادي، فافهم.

ويؤيد المختار، بل يدلّ عليه ما ورد في صحّة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى

إذا أجازته، معللاً بأنه «لم يعص الله تعالى وأئماً عصي سيده، فإذا أجاز جاز»<sup>(١)</sup>، بتقريب أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه وحمله على ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال، بل لا يبعد اختصاص المورد بكونه عاقداً بنفسه، بقرينة قوله «أنه عصي سيده»، إذ لو عقد له غيره لا يتحقق عصيان منه حينئذٍ، إذ لم يصدر منه على هذا إلا مجرد الإذن وهو ليس بمعصيته، إذ من المعلوم بالسيرة القطعية ودليل الحرج عدم حرمة هذه التصرفات والمشاكل الجزئية، فيكون مأذوناً فيها من المولى الحقيقي الواقعي، وهذه الرواية تدل على مدخلية رضا المولى في مضي عقد النكاح، لا على مانعية العصيان عنه، بل يدل على نفيها، إذ لو كان العصيان مانعاً لا يعقل مضي العقد بعد صدوره عن عصيان إذ الرضا به لا يجعل المعصية طاعة، بل الرضا بالفعل الصادر من عصيان لا يكون إلا عفواً للمعصية، لا قلب المعصية عملاً وقع عليه، بل هو باقٍ على ما وقع إلى أبد الدهر. فالقابل للتدارك بعد المعصية لا يكون إلا رضاه، فله مدخلية في صحته، والفرق بين عصيان الله تعالى وعصيان المولى - إذا تحقق كعقد المحرم عليه - يكون العقد باطلاً لا محالة لعدم معقولية رضا الله بما سبق من معصيته بخلاف ما إذ لم يعص الله وعصى سيده، إذ من الجائز رضا السيد فيما بعد ذلك بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضي به وأجاز صح.

فيكون الحاصل: أن معيار الصحة في معاملة العبد، بعد كون المعاملة في نفسها مما لم ينه عنه الشارع، هو رضا سيده بوقوعه سابقاً أو لاحقاً، وأنه إذا عصي سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صح، فما قاله المخالف من أن معصيته السيد لا يزول حكمها برضا بعده، وأنه لا ينفع الرضا اللاحق - كما نقله السائل عن طائفة عن العامة - غير صحيح، فافهم وتأمل.

\* \* \*

## [في كونهما مالكين أو مأذونين]

مسألة: ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين ، أو مأذونين من المالك ، أو  
الشارع<sup>(١)</sup>

وهذا شرط للتأثير لا لصحة العقد، بحيث يكون العقد العاري عنه عارياً عن تأهله للتأثير، ويكون غير المالك مسلوب العبارة بالنسبة إلى العقد الصادر عنه، كالصبي والمجنون، فلو لحقه الإجازة صحَّ على المشهور، بل نسبته في محكي «التذكرة» إلى علمائنا تارةً صريحاً، وأخرى ظاهراً بقوله عندنا، إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا قولاً بالبطلان، فمن عبّر بأن عقد الفضولي لا يصحّ، يريد أنه لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. ويفصح عن ذلك ما يستفاد من مطاوي كلماتهم حيث يلتزمون بأنه لو لحقه الإجازة لصحّ، وأنه لا يجوز التصرف في متعلّقه قبل الإجازة وغير ذلك. نعم من لم يقل بأهليّته للحقوق الإجازة وعبّر بهذه العبارة، فيحمل على ما هو الظاهر من عدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً.

وكيف كان فالمهمّ في المقام كما نسب إلى بعض من علمائنا هو التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل.



## [تحقيق القول في عقد الفضولي]

فنقول: إنَّ المراد بالعقد الفضولي، هو الكامل الغير المالك للتصرّف، المتصدّي للعقد، ولو كان غاصباً على ما قيل، وقيل أيضاً إنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى اذنه، فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرّف، لتعلّق حقّ الغير بالمال، وبيع الزّاهن والسّفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون اذن السيّد.

وكيف كان، فلا ثمة معتدّ بها في تعيين محلّ الكلام، من أنّه هل هو خصوص القسم الأوّل أو أعمّ منه؟ لأنّ المتّبع في المقام هو الدليل الدالّ على الصّحّة أو العدم، فلو دلّ على العموم نقول به، ولو لم يصدق عليه الفضولي، ولو لم يدلّ عليه يقتصر على محله أيضاً.

وبالجملة فلا فائدة في تعيين مراد العلماء منه، اللهمّ إلّا أن يثبت في المقام إجماع على حكم، ويقال إنّ هذا العقد مثلاً خارجٌ عن مرادهم، أو داخل فيه فيثبت الحكم، ولكن ثبوت الإجماع على شيء لا يخلو عن بُعدٍ، فالأعراض عن ذلك أولى. فنقول: إنّ العاقد الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه:

وعلى كل حال، إمّا يكون البيع مقترناً بطيب نفس المالك، أو لا.

وعلى الثاني إمّا أن لا يسبقه منع المالك، أو يسبقه.

وليعلم أولاً أنّ التكلم في أنّ المالك في صحّة عقد الغير هل هو إذن المالك، أو مطلقاً رضاه به في الواقع - سواء كشف لفظاً عن رضاه أو لم يكشف، فوجب فيما بينه وبين الله الوفاء به لو تحقّق الرّضاء في نفسه -، خارج عن مسألة الفضولي، وأنّ الكلام في مسألة الفضولي في أنّ هذا المالك الذي هو مناط الصحّة في العقد لو لم يقترنه حال العقد ولحقه فيما بعد هل يكفي أم لا؟

فالتكلم في المقام الأوّل في مسألة الفضولي في غير محلّه، ولما كان لها ارتباط به، لأجل ابتناء تماميّة بعض أدلّته على كشف الحال فيه، فالأنسب تقديم البحث على البحث عنها حتّى لا يبقى خفاء في المطلب<sup>(١)</sup>.

ونقول: إنّّه قد يقال إنّّه يكفي في صحّة العقد مطلقاً رضا المالك بمضمونه، وإن لم يحصل منه إذن، فلو قارن العقد يخرج عن كونه فضولياً، ويجب الوفاء به، ويترتب عليه الأثر، ويستدلّ عليه بعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup> و﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ﴾، وما دلّ على أنّ علم

١ - مع أنّه يمكن إرجاعه إلى مسألة الفضولي بأن يقال الفضولي هو العقد الصادر من غير المالك أو من هو في حكمه، بأن كان مأوذاً منه، أو من الشّارع، فما عداه فضوليّ، سواء كان مقترناً برضاء المالك أم لا.

غاية الأمر، أنّا لو قلنا بكفاية الرّضاء في الصحّة، لكان هذا القسم من الفضولي صحيحاً من حين وقوعه، غير متوقّف على شيء، فالفضولي ينقسم إلى قسمين: قسم: يلحقه الرّضاء.

وقسم: يقارنه.

ولا يخفى أنّه لو قلنا بكفاية الرّضاء، لو كان الرّضاء مقارناً، لا يخرج عن كونه موقوفاً غير تامّ في نفسه، لأنّ وجود الشّروط لا يخرج عن الشرطيّة، فلا ينافي ذلك ما نلتزم به من أنّ الفضولي موقوف، وإنّه غير نافذ، فافهم وتأمل (منه قدس سره).

٢ - سورة النساء: آية ٢٩.

المولى' بنكاح العبد وسكوته إقرار، ورواية عروة البارقي .

ولا يخفى أن في الاستدلال بعموم وجوب الأمر بالوفاء لإثبات كفاية الرضا نظر، إذ الظاهر أنه ليس المراد أنه يجب الوفاء على كل أحد بكل فرد من أفراد العقد الواقع من كل شخص، حتى يقال إن مقتضى ذلك وجوب وفاء كل أحد بهذا العقد الصادر من الفضولي، ومن جملتهم المالك فيجب الوفاء عليه، لأن المعلوم من تخصيصه هو العقد الصادر لا عن طيب نفسه، وأما المقارن له فلا يشمل العموم، بل الأمر بالوفاء إنما تعلق على كل من له شأنية الوفاء، ويترتب على وفائه الأثر، أعني التقل والانتقال في البيع مثلاً، وذلك لا يترتب إلا على وفاء خصوص المالك، وأما ترتيب من عداه آثار الملكية فأنما هو من اللوازم للملكية المسيبة عن وفاء المالك، لا من آثار العقد، وتلك اللوازم تتحقق، والخصائص تثبت للشيء بعد انتقاله من المالك إلى الآخر، فليس لوفاء الآخرين بالعقد أثر، بل التعبير عنه بالوفاء أيضاً مسامحة، فذلك الأمر إنما تعلق بالمالك، وحينئذ نقول إن كان المراد بالعقود كل عقد عن كل أحد متعلق بماله، فيكون معناه أنه يجب على المالك الوفاء بكل عقد تعلق بماله سواء كان العاقد نفسه أو غيره، يتم المطلوب أيضاً، لأن غاية ما في الباب تخصيص ذلك العموم بأدلة الطيب بما لا يكون المالك راضياً بالعقد مطلقاً، وبقي الباقي وما نحن فيه منه، إذ المفروض تحقق رضاه.

ولكن لا يخفى أن التعميم بهذا المقدار خلاف ظاهر الآية، بل الظاهر منها أنه يجب الوفاء على كل شخص يكون من شأنه الوفاء على كل عقد صدر منه لا عنه وعن غيره مطلقاً، إذ المناسب للحكم بوجوب الوفاء إنما هو كونه صادراً عنه، وصدوره عن غيره غير مناسب للحكم عليه بوجوب الوفاء، كما أنه لو قيل أوف بالعهد ينصرف إلى عهود نفسه، لا كل عهد وقع في الدنيا ولو كان مرتبطاً إليه، كما لو تعاهد شخصان أجنبيان عليه شيئاً، ومعلوم أنه عموم هذا الأمر لا يشمل هذا المورد، حتى لو لم يكن ذلك العهد واجب الوفاء، لكان اللازم على الأمر إخراجه

بدليل، بل ليس الكلام شاملاً له من أوّل الأمر، فكذا فيما نحن فيه، فعلى هذا فليس مفاد الآية إلّا كمفاد قوله تعالى: «وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا»<sup>(١)</sup> في أنّ الوفاء إنّما تعلّق بما عاهد، ففاد الآية أنّه يجب على العاقد الوفاء بعقده، فلا يشمل ما نحن فيه<sup>(٢)</sup>.

اللهم إلّا أن يقال: أنّه يكفي في الاستناد وصيرورته عقداً له في نظر العرف رضائه به، ولا يتوقّف ذلك على إيقاعه بنفسه نفس العقد، كما لو أذن غيره في عقد، إذ لا شبهة حينئذٍ في صيرورته عقداً له ويجب الوفاء عليه، مع أنّه لم يقع العقد بنفسه، والظاهر عدم الفرق في الاذن والرضا في جعل العقد عقداً له واستناده، بل الملاك في الاستناد هو الرضا، والاذن كاشف عنه، وليس لخصوصيّة اللفظ مدخلة في الاستناد.

نعم، لو أذن نعلم حين وقوع العقد أنّ العقد مستند إليه، لكون رضائه معلوماً باذنه، وأمّا لو لم يأذن لا نعلم الاستناد، لعدم معلوميّة الرضا لا أنّه يعلم عدم الاستناد، فالمناط في الاستناد وعدمه رضائه، فلو كان راضياً به في الواقع يصير العقد عقداً له ويجب الوفاء عليه فيما بينه وبين الله، وإن لم يعلم رضائه به.

هذا غاية ما يمكن أن يقال، ولكنّ الإنصاف عدم وثوق النفس بصدق الاستناد بمجرد الرضا، بل لا يبعد دعوى الإطمئنان بمدخلة اللفظ في ذلك، إذ الظاهر أنّه لو أذن في فعل يلزمونه أهل العرف بلزوم الوفاء على وفقه، بخلاف ما لو علموا رضائه من غير إذن فلا يلزمونه حينئذٍ.

وكيف كان، فيكفي في ردّ الاستدلال بناء على هذا المعنى الذي ادعينا ظهورها فيه، عدم العلم باستناده إليه، لا العلم بعدم الاستناد.

١ - سورة البقرة: آية: ١٧٧.

٢ - وتوضيح ذلك يظهر بالتأمّل في أمثال المقام من التراكيب مثل قولنا «أوفوا بالنذر» وقوله ﷺ «الأعمال بالنيّات» يعني نيّة العامل وغير ذلك، فافهم (منه رحمه الله).

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup>، وقوله ﷺ «لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه»<sup>(٢)</sup> فالظاهر تمامية الاستدلال بهما، وإن أمكن المناقشة فيهما: أما في الأول فبمثل ما مرّ في «أوفوا بالعقود»<sup>(٣)</sup>.

وأما في الثاني فبأن يقال: إن ذلك لا يدل إلا على توقف التصرف على الطيب، وأما كون الطيب سبباً تاماً في جوازه فلا، إذ غاية مدلوله بيان الاشتراط، مثل قوله ﷺ «لا صلاة إلا بطهور»<sup>(٤)</sup> «ولا عمل إلا بنية»<sup>(٥)</sup>، وغير ذلك.

ولكن الإنصاف أن التأمل الصادق ينفيها، إذ الظاهر من الآية جواز الأكل الذي هو كناية عن مطلق التصرف إذا كان مسبباً عن تجارة مقترنة مع تراضي المالك، وأما تخصيص التجارة بكونها تجارة نفس المالك فلا داعي له، إذ لا خفاء في مناسبة مطلقها حال كونها مقترنة مع التراضي لجواز الأكل، مع إمكان دعوى كونها تجارة المالك أيضاً حال كونه راضياً بها، فتأمل.

وأما تقريب الاستدلال بالرواية: فبأن البيع تصرف من التصرفات العرفية مثل الأكل والصدقة والهبة وغيرها، إذ ليس المراد من البيع لفظ العقد، لأنه ليس تصرفاً في ملك الغير حتى يتوقف على رضاه، بل التصرف إنما يتحقق بإنشاء مضمونه، أعني جعل المبيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للمالك، ولا شبهة في كون ذلك تصرفاً في مال المالك، والرواية تدل على حلية هذا التصرف لو كان مقترناً برضاه، ونفيها حين انتفائه، وليس معنى حلية البيع إلا مضيته وسببته للنقل.

ولا تنوهم: أن مقتضى ذلك استعمال لفظ الحل في أكثر من معنى، حيث أنها

١ - سورة النساء: آية ٢٩.

٢ - عوالي اللآلي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.

٣ - سورة المائدة: آية ١.

٤ - وسائل الشيعة: ج ١ باب ٩ ص ٣١٥.

٥ - وسائل الشيعة: ج ١ باب ٥ ص ٤٧.

بالنسبة إلى المأكولات بمعنى الترخيص الشرعي في الأكل، فلو كان في البيع بمعنى المضي للزم ذلك، لأننا لا ندعي إلا دلالتها على مطلق الترخيص في مطلق التصرف، إلا أن الترخيص في كل شيء بحسبه، فلو قيل إنك مرخص في التصرف في الثوب والطعام والجارية مثلاً، معناه أنه يجوز لك لبس الثوب وأكل الطعام ووطي الجارية أو خدمتها مثلاً، فلو انضم إليها البيع أيضاً لكان معناه أنك مرخص في النقل والانتقال أيضاً، باختلاف كيفية التصرف غير موجب لاستعمال لفظ الحِلّ في أكثر من معنى كما لا يخفى.

وبما ذكرنا، ظهر اندفاع ما ربما يتوهم في الرواية من اختصاصها بنفي الحكم التكليفي، أعني الحرمة، ولا تدل على حصول النقل والانتقال.

توضيح الإندفاع: أن حليته ملازم لحصول النقل والانتقال، إذ بدونه لا يتحقق التصرف حتى يتصف بالحلية، فافهم.

وأما المناقشة التي ذكرناها أولاً من عدم دلالتها إلا على مطلق التوقف والاشتراط، وأما السببية التامة فلا.

فالجواب عنها: أن الرواية مسبوقة لبيان مانعية مال الغير من حيث كونه مال الغير عن جواز التصرفات المجازة ذاتاً، فيدل على حرمتها بالعرض، وأنها ترتفع بسبب الطيب، فترتفع حرمة العرضية أيضاً بعد تحققه، ومعناها أنه لا يحل مال امرء بسبب من الأسباب إلا عن سبب الطيب.

وأما توهم: كونه سبباً ناقصاً.

فمدفوع: بظهور السببية حال الإطلاق في السببية التامة، ولذا شاع فيما بين العلماء (رضوان الله عليهم) التمسك بها لإثبات جواز التصرف، من غير توقف على شيء آخر، بل يفهمون العرف من أمثال هذه التراكيب السببية المستقلة بحيث لو أفتى عليهم بأنه لا يحل مال فلان عليك إلا بعد رضاه، لا يتوقفون بعد رضاه في جواز الأكل، ولا يستفتون عن حكمه، بل يقتصرون على ما فهموه من هذا الكلام.

وبالجملة: فلا إشكال في ظهورها في السبيّة المستقلّة.

وأما النقص: «لا صلاة إلا بطهور»<sup>(١)</sup> «ولا عمل إلا بنية»<sup>(٢)</sup>.

ففيه: أن السبيّة الناقصة إنما استفيدت منها بعدما علمنا بعدم إمكان إرادة السبيّة التامة منها من الخارج، لا بظهور اللفظ فيها أولاً، مع أنه يمكن دعوى إرادة السبيّة التامة منها أيضاً.

أما في الأول فبأن يقال: إنه من باب المبالغة<sup>(٣)</sup>.

وفي الثاني فبأن يقال: إن النية سبب تام في صيرورة العمل عملاً له، وفي صحّة الاستناد إليه، بحيث يقال إن هذا الفعل فعل هذا الشخص المختار، وبدونها لا يصحّ ومعها يتحقّق الاستناد، وأما إتصافه بالصحة والفساد فبعد الإتيان بكونه عملاً، فافهم وتأمل.

ويمكن الاستدلال: بكفاية مطلق الرضا بقوله تعالى «أحلّ الله البيع»<sup>(٤)</sup> لأنّه يدلّ على حلّية كلّ بيع، خرج عنه ما لم يقتن بالرضا وبقي الباقي، وقد عرفت أن الحلّية ملازم للصحة ونفوذ.

ويمكن المناقشة فيها: بأنّها لا تدلّ إلا على حلّية البيع ذاتاً، فيكون معناها أن هذه الماهية حلال في مقابل ماهية الرّبا حيث حكم بكونه حراماً، ولا إطلاق لها بالنسبة إلى الشرائط حتى يجوز التمسك بها، فذلك نظير قولنا «الغنم حلال والخنزير حرام»، فلو شكّ في حرمة غنم بالعرض لا يجوز لإثبات حلّيته التمسك بإطلاق هذا

١- وسائل الشيعة: ج ١ باب ٩ ص ٣١٩.

٢- وسائل الشيعة: ج ١ باب ٥ ص ٤٧.

٣- ويمكن أن يقال: إن كلمة «لا» ينفي إمكان تحقّق الشيء في الخارج في أمثال المقام، ممّا ثبت بها الشرطيّة والتوقّف فبالاستثناء يثبت ما به يرتفع الإمتناع، وهو سبب تام في إثبات الإمكان، «لا صلاة إلا بطهور» يعني لا يمكن الصلاة إلا بالطهور، والطهور سبب تام لثبوت الإمكان، وليس المراد نفي الوقوع حتّى يرد الإشكال، فافهم (منه رحمه الله).

٤- سورة البقرة: ٢٧٥.

الكلام لأنه ليس مسوقاً لبيان الشرائط .

ثم لا يخفى عليك أن هذه الآية وإن نوقش فيها، إلا أنها تنفعنا مع ذلك، إذ بها يثبت جزء المطلوب لا محالة، أعني حلية البيع ذاتاً فبذلك ينفى حرمة من هذه الجهة، وحينئذ ينضم إلى الرواية المتقدمة فيتم المطلوب، إذ بعد إحراز حليته ذاتاً لم يبق لنا الشك إلا في فساده، لأجل كون المبيع ملكاً للغير، لأن منشأ الشك في المقام أما احتمال حرمة العقد الصادر عن غير المالك ذاتاً، أو احتمالها عَرَضاً، وينفي الأول والثاني الرواية .

وأما احتمال فساده لأجل الإخلال بشرائط آخر، فغير جارٍ في المقام، لأن الكلام في هذا المقام بعد فرض اجتماع جميع الشرائط، ما عدا كون العاقد مالكاً أو مأذوناً عنه .

وأما كونه عاقلاً بالغاً وغير ذلك من الشرائط فلا بد أولاً من فرض وجوده، وإلا فكيف يمكن القول بصحته حتى يكون مُحلاً للكلام .

ثم لا يخفى أن ما ذكرناه دليلاً في كفاية الرضا المقارن في صحة العقد، يثبت به صحة عقد الفضولي، بل لو لم نقل بتأميمته فيه لبعض المناقشات التي أوردناها فيها، أمكن القول بتأميمتها في الفضولي، لعدم جريانها في بعضها، كما يظهر بالتأمل فيما ذكرنا فلانطيل الكلام بإعادتها في إثبات الفضولي، ولكن لم نتعرض ثمة لتقريب الاستدلال برواية عروة، فلا بد هنا من التعرض لها :

فنقول: إنه قد اشتهر التمسك لصحة بيع الفضولي بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً وقال له اشتر لنا به شاةً للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأقى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك»<sup>(١)</sup> فإن يبعه وقع فضولاً، بل وشرائه



شأتين أيضاً كذلك ، حيث أنه كان مأذوناً في شراء شاة واحدة .  
ولكن يمكن توجيه شرائه بأن يقال : إنَّ شرائه اثنتين لعله كان لأجل امتناع صاحبه عن بيع كلِّ منهما منفرداً ، فاشترى من باب المقدمة ، فيكون مأذوناً به لأجل التوصل إلى المأمور به .

وكيف كان ، أمكن توجيه شرائه ، إلا أنَّ البيع بحسب الظاهر وقع فضولياً ، فبه منضمّاً إلى تقرير النبي ﷺ يثبت صحة بيع الفضولي ، هذا .

ولكن يناقش فيها : بما ذكره الشيخ رحمه الله في المكاسب بقوله «ولكن لا يخفى أنَّ الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي .

توضيح ذلك : أنَّ الظاهر علم عروة برضا النبي ﷺ بما يفعل ، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن ، ولا ريب أنَّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام ، لكونه تصرفاً في مال الغير ، فلا بدّ أمّا من التزام أنَّ عروة فعل الحرام في القبض والإقباض ، وهو منافٍ لتقرير النبي ﷺ ، وأمّا من القول بأنَّ البيع الذي يعلم بتعقُّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة ، بناءً على كون الإجازة كاشفة ، فسيجيء بضعفه فيدور الأمر بين ثالث وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه ، ورابع وهو علم عروة برضا النبي ﷺ بأقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن ، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً ، حتّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة ، وإلا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلاً فلا يستحقّ قبض المال ، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتّى ينكشف الحال ، بخلاف ما لو كان جاهلاً .

ولكنَّ الظاهر هو أوّل الوجهين كما لا يخفى ، خصوصاً بملاحظة أنَّ الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطات ، وقد تقدّم أنَّ المناط فيها مجرد المراضات ووصول كلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر ، وحصوله عنده بأقباض المالك أو غيره ، ولو كان صبيّاً أو حيواناً ، فإذا حصل التفاضل بين فضوليين أو فضولي وغيره مقروناً

برضا المالكين ثُمَّ دخل كلٌّ من العوضين إلى ملك صاحب الآخر، وعلم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف، وليس هذا من معاملة الفضولي، لأن الفضولي صار آلة في الإيصال، والعبرة برضا المالك المقرون به»<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: ما ذكره رحمه الله من أن المناط في المعاطات مطلق المراضات، لا يخلو عن تأمل، لعدم صدق البيع عرفاً بمجرد تراضي الطرفين، بل لابد في صدقه من مظهر لرضاه كعرض المتاع في معرض البيع وغير ذلك، إذ غاية ما يمكن إثباته هو الالتزام بعدم احتياج الصدق للإنشاء الفعلي أو القولي، والظاهر أن الشيخ رحمه الله في مبحث المعاطات أشكل صدقه على ما لا يكون فيه إنشاء أصلاً، فكيف التزم هنا بكفاية مطلق المراضات!

وكيف كان، فلا خفاء في عدم صدق البيع بمجرد المراضات، فحمله عليها من غير أن يكون فضولياً مشكلاً.

قوله أخيراً: ولكن الظاهر هو أول الوجهين.

فيه: منع الظهور المستند إلى لفظ القضية، إذ لا صارف عن حملها على التوجيه الرابع، لعدم التمسك بإطلاق الخبر، إذ ليس الإمام عليه السلام الحاكي لهذه القضية بصدد بيان تمام جزئيات الواقعة، ولا يلزم من عدم ذكره هذا المطلب أعني كون المال أمانة عنده قبض على الإمام عليه السلام، ولا تفويت للغرض، فلا يتمسك باطلاقه في نفي الاحتمالات، وقوله قبل ذلك في التوجيه الرابع وهو علم عروة.

يمكن أن يقال: إنه لا يحتاج إلى علم المشتري بكونه فضولياً واستيمانه، بل يكفي علم عروة - لو كان عالماً - بأن المشتري كان راضياً بالبيع على أي حال، ولو كان فضولياً، وأنه يكون راضياً بتصرف عروة في ماله قبل انتقاله إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم. وربما يُستدل أيضاً على صحة الفضولي: بفحوى صحة عقد النكاح من

الفضولي في الحرّ والعبد الثابتة بالنّص والإجماعات المحكية، فإنّ تملك بضع الغير إذا ثبت بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علّم شدّة الاهتمام في عقد النّكاح «لأنّه يكون منه الولد»<sup>(١)</sup> كما في بعض الأخبار، وقد أشار إلى هذا الفحوى بعض، واستدلّ بها في «الرياض»، بل قال إنّ لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع.

ولكن يشكل ذلك بعدم الاطمينان بذلك الفحوى، أعني اقتضاء الاهتمام بعقد النّكاح، وكون الولد منه، واستلزام جواز الفضولي فيه جوازها في سائر العقود، لإمكان دعوى اقتضاء ذلك توسعة الشّارع في أمره، حتّى لا يقع النّاس في محذور الحرام، ألا ترى أنّه أمضى سكوت الباكّة العفيفة بدلاً عن الرّضا في النّكاح، مع عدم كفايته بدلاً عنه في غيره؟ وكذا أجاز قبول قول المرأة فيها في غير مقام، مع أنّه لا يقبل قولها في الحقوق المائيّة قطعاً؟

وبالجملة: فلا وثوق لإقتضاء الفحوى ذلك، ثمّ لو تمّ ذلك الفحوى، لا يوهنه ما ورد من الخبر ردّاً على العامّة، الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول - مع جهله بالعزل - وبين بيعه بالصّحة في الثّاني، لعدم فوت المال عنه، لأنّ له عوضاً ممّا قصر يده عنه مطلقاً، والبطلان في الأوّل، لأنّ البضع يفوت عليه وليس له عوض، يعني يخرج عن حيطة<sup>(٢)</sup> اختيارها مطلقاً، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم وأفسده فإنّ النّكاح أولى وأجدر لأنّ يُحتاط فيه، لأنّه الفرّج، ويكون منه الولد»<sup>(٣)</sup> الخبر، لدلالة الرواية أيضاً على أجدرية ملاحظة الاحتياط في أمر النّكاح. ومعلوم أنّ إجمال وجه الاحتياط في الرواية غير موجب لصرف الظّهور ورفع اليد عنه في مقام نعلم باقتضاء الأهميّة بشيء، كما لا يخفى.

١ و ٣ - وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٦٣.

٢ - زيادة من النسخة الثانية.

والظاهر أنَّ المراد من الرواية ردع طريقة العامة، حيث أنَّهم راعوا في النكاح الاحتياط بملاحظة حال المتعاقدين - أعني الزوج والزوجة - فردعهم الإمام عليه السلام، بأنَّ مراعات الاحتياط في حكم الشارع، فلا يقعوا في مخالفته في أمر النكاح أجدر من مراعات حال الزوجين، لأنَّ منه الولد، فلم لا يبالون به، لعلَّه في الواقع قد يكون محققاً في الموارد التي لا يعلمون بتحقيقه، فهذه قاعدة علم العباد بها، ثم بين الحكم الواقعي في المقام، وهو عدم انزال الوكيل، فيصحُّ الإتكال لأجله بحكاية محاكمة أمير المؤمنين عليه السلام في الحكم بصحة النكاح في هذه القضية.

ويمكن أن يكون المراد ردعهم برفعهم اليد عن القاعدة المتقنة الجارية في المقام والعمل على استحساناتهم الواهية، وهي إبقاء الوكالة حتى يثبت المزيل، وعدم الاعتناء بما يحتمل أن يكون مزيلاً، فالاعتناء به موجب لترك الاحتياط في أمر النكاح، ورفع اليد عن مقتضاه بسهولة، ويجري فيه بعض الاحتمالات الأخر<sup>(١)</sup>. وكيف كان، فلا يضُرُّ ذلك بالاستدلال، ولكنه ذكر الشيخ رحمته الله في المكاسب في توجيه الرواية ما ينافسه، ولكنه لا يخلو عن تأمل.

وأنت بعد التأمل فيما ذكرنا تعرف أنَّ ما استظهره من الرواية يمكن منعه، مع أنَّ الالتزام بما ذكره في غاية الإشكال، فراجع. ثمَّ أنَّه ربَّما يؤيد صحة الفضولي، بل يُستدلُّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة:

مثل: موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل دفع إلى رجل مالا ليشترى به ضرباً من المتاع مضاربةً، فاشترى غير الذي أمره.

قال: هو ضامنٌ، والرَّبع بينهما على ما شرطه»<sup>(٢)</sup>.

١ - والظاهر أنَّ التوجه الأول أقرب الاحتمالات بل أظهرها (منه قدس سره).

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ١ ص ١٨.

ومثل: رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دُفع إليه مالاً ليشترى به نَسمة ويعتقها ويحججه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب، وورثة الدافع، وادّعى كلّ منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «يُرَدُّ المملوك رِقاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رِقاً» <sup>(١)</sup> الخبر.

بناءً على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال، ولا إقامة البيّنة كافية في تملك المبيع.

ومنها: ما دلّ على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه معللاً بأنّه: «لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ» <sup>(٢)</sup>.

ومفاده أن المانع من صحّة العقد الذي إذا كان لا يرجئ زواله - فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً - وهو عصيان الله تعالى، وأمّا المانع الذي يرجئ زواله كمعصية السيّد، فبزواله يصحّ، العقد ورضا المالك من هذا القبيل، فأنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعله فأنّه يستحيل رضاه.

وجعل هذه الروايات الواردة في خصوص العبد مؤيداً لا دليلاً، لاحتمال إمكان الفرق بين الرضا بما فعله عبده وبين ما فعله غيره، بحيث يؤثر الرضا في الأوّل دون الثاني.

واحْتِجَّ للبطلان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» <sup>(٣)</sup>. دلّ بمفهوم المحصر أو سياق التّحديد على أن غير التّجارة عن تراض أو

١ - وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٢٥ ص ٢٨٠.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢١ باب ٢٤ ص ١١٤.

٣ - سورة النساء: آية ٢٩.

التجارة لا عن تراضي، غير مبيعٍ لأكل مال الغير، وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى.

وفيه: ما عرفت سابقاً من كون الاستثناء منقطعاً، فلا يدل على الحصر والقيود وارد مورد الغالب لو قلنا بدلالته على المفهوم وقد أوضحناه فيما سبق فراجع، مع أنه يصير تجارة للمالك بعد إمضائه وحينئذ يصدق عليه أنها تجارة عن تراض.

وأما السنة: فهي أخبار كلها قاصرة الدلالة عن إفادة المرام.

منها: النبوي المستفيض وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام:

«لَاتَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»<sup>(١)</sup>.

ومنها: النبوي الآخر: «لَا بَيْعَ إِلَّا فِيْمَا يَمْلِكُ»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: ما ورد في توقيع العسكري صلوات الله عليه إلى الصفار:

«لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يُمْلِكُ»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: ما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض

مسائله: «أَنَّ الصَّيْعَةَ لَا يَجُوزُ ابْتِيَاعُهَا إِلَّا عَنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضَاً مِنْهُ»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بغم التيل اشتراها

رجلٌ وأهل الأرض يقولون هي أرضنا، وأهل الاستان يقولون هي من أرضنا.

فقال: «لَا تَشْتَرِهَا إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا»<sup>(٥)</sup>.

وما في الصحيح عن محمد بن أبي القاسم بن الفضل، في رجل اشترى من امرأة

١ - سنن الترمذي: ٣ / ٥٣٤، السنن الكبرى: ٥ / ٢٦٧، وايضاً نحوه في الوسائل: ج ١٨ ص ٣٨.

٢ - عوالي اللئالي: ١ / ٢٣٣ حديث ١٣٦، السنن الكبرى: ٧ / ٢١٨.

٣ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢ ص ٢٣٩.

٤ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١ ص ٢٣٧.

٥ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١ ص ٢٣٤.

من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيه  
المال أم يمنعها؟

قال: «قل يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه»<sup>(١)</sup>.

وهذا كله كما ترى غير منافٍ للمقصود، إذ المقصود إثبات صحة البيع  
ووقوعها للمالك بعد الإجازة، وهذه الأخبار تدلّ على أن البيع من غير المالك  
لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، أعني تحقق النقل والانتقال للبائع، لأن أغلبها  
مسوق لبيان بطلان بيع الغاصب، ومعلوم أن بطلانه في هذا المقام ليس إلا عدم  
ترتب الأثر المقصود منه، وأما صيرورته عقداً للمالك بالإجازة فهو ليس من آثاره  
المقصودة، مع أن الرواية النبوي - بقرينة السؤال بحسب الظاهر - يكون ردعاً عن  
طريقتهم المعروفة، وهي أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتره من ماله، ومعلوم أن  
ذلك غير جائز، أعني غير واقع عنه، ولا ينافي ذلك وقوعه للمالك لو أجازته، كما  
لا يخفى.

وملخص الجواب: أنها تنفي ترتب الأثر المقصود منها، أعني تحقق النقل  
والانتقال بفعل غير المالك، وليست متعرضة للمقام الذي نحن بصدد إثباته، وورود  
بعضها في غير هذا المقام واضح.

ولو أبيت إلا عن شمول بعضها لما نحن فيه فنقول: إنها خُصّصت بالروايات  
الدالة على وقوع بيع الفضولي عن المالك، كرواية محمد بن قيس، وحديث عروة،  
وغير ذلك، لكونها أصرح دلالة كما لا يخفى.

وأما رواية القاسم بن الفضل فلا تدلّ إلا على عدم جواز إعطاء الثمن  
للفضولي، لأنه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي.  
وبالجملة: فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع

بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعها للعاقد.  
الثالث: الإجماعات المنقولة المستفيضة على بطلان شراء الغاصب بعين  
المغصوب.

والجواب: أنّ المدّعي إنّ أراد عدم وقوعه للغاصب فهو مسلّم، وإنّ أراد  
عدم وقوعه للمالك بعد الإجازة فثبوت الإجماع فيه ممنوع، بل المظنون عدمه،  
لذهاب معظم القدماء على الصّحة، واطباق المتأخّرين عليها على ما حُكي، عدا  
فخر الدّين وبعض متأخري المتأخّرين على ما نُسب إليه.  
الرّابع: حُكم العقل والنقل على عدم جواز التصرّف في مال غيره إلّا بأذنه،  
ولاريب أنّ بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً.

والجواب: منع كون العقد على مال الغير، متوقّفاً لإجازته، غير قاصدٍ  
لترتب الآثار عليها تصرّفاً في مال الغير.

سلّمنا كونه تصرّفاً، لكنّه نمنع استقلال العقل بقبح مثل هذا التصرّف  
كالاصطلاء بنار الغير والاتكّاء بمأطّطه، مع أنّا نفرض فيما لو علّم بشهادة الحال  
جواز مثل هذه التصرفات الجزئية التي لا تضرّه، مضافاً إلى أنّ النّهي في المعاملات  
غير موجب للفساد، إذ غاية ما في الباب كون السّبب حراماً، وذلك لا يدلّ على نفي  
سببّيته، نعم لو تعلّق النّهي على ترتّب الأثر عليه يدلّ على الفساد وعدم حصول  
الأثر، وليس ما نحن فيه منه كما لا يخفى.

ثمّ أنّه لو سبقه منع المالك، المشهور أيضاً صحّته بعد الإجازة.  
وقد يتوهم: البطلان - كما نسب إلى بعض - من أنّ الكراهة والمنع ثابتة حين  
وجود العقد، فهو بمنزلة الردّ، ولا شبهة في بقائها بعد العقد ولو آناً، إذ المفروض  
انفكاك العقد عن الرضا ولحوق الإجازة فيما بعد، فيؤثر الردّ أثره قبل تحقّق  
الإجازة.

وضعه ظهر ممّا سبق، وظهر أنّ الخارج من عموم وجوب الوفاء بالعقد ليس



إلا ما لا يقارنه طيب النفس أصلاً، وبقي الباقي تحت العموم، وكيف لا ولو كان ما توهم بمنزلة الرد للزم الالتزام ببطان عقد المكره وعدم صلاحيته للحقوق الإجازة، وقد عرفت خلافه، مع أن الظاهر أن المتوهم أيضاً لا يلتزم بذلك.

هذا كله لو باع الفضولي للمالك، وقد عرفت صحته بعد إجازته.

وأما لو باع الفضولي لنفسه - وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتحقق من غيره - بزعم ملكية المبيع، والأقوى فيه الصحة أيضاً، بمعنى وقوعه للمالك بعد إجازته، وفاقاً للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحة في النكاح على ما ذكرنا.

ولكنك قد عرفت الخدشة في الفحوى عن الشيخ رحمته، فاستدلّاه في هذا المورد بها لعله في غير محله، ويتوجه على هذا الحكم إشكالان:

أحدهما: أن هذا الشخص الفضولي العاقد لنفسه كيف يقصد المعاوضة مع أن المعاوضة لا تعقل إلا بخروج العوض عن ملك من يدخل المعوض في ملكه، والمفروض أنه لا يخرج عن ملك العاقد شيء، فكيف يقصد المعاوضة لنفسه.

والجواب: بعد اختصاص ذلك بالغاصب دون من تخيل جهلاً بالكيّة نفسه، أن الغاصب يجعل أولاً نفسه مالاً ولو تشريعاً، ثم يقصد المعاوضة، فهو مالك ادعاءً، فهذا نظير المجاز الادّعاء، وهذا المقدار يكفي في صحة إنشاء المعاوضة وإمكان قصدها كما لا يخفى. نعم لو لم يبين على ذلك لا يتحقق المعاوضة أصلاً لما ذكر، لامتناع القصد بها.

وثانيهما: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده الباع، كان منافعاً لصحة العقد، لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلن بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشئ.

وقد أجيب عن الإشكال: بما يرجع محضه إلى كون إجازة المالك عقداً

جديداً من طرف المالك والمشتري، فيكون على هذا نفس الإجازة بمنزلة طرفي العقد، إذ المفروض أنه لم يتحقق من المشتري تبديل آخر ثانٍ غير التبديل المتحقق في ضمن العقد الأول الذي لم يترتب عليه الأثر، فيكون الإجازة قائمة مقام الطرفين.

وفيه: أنه خلاف الإجماع، من توقف العقد على الطرفين، أعني الإيجاب والقبول.

والقول: بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، لم يُعهد من أحدٍ من العلماء، نعم حكى «كاشف الرموز» على ما حكى عن شيخه كون الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلاً، فهو بيعٌ بغير لفظ البيع، قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه قبول المشتري، فيتحقق العقد بركنيه، وهذا غير جارٍ فيما نحن فيه، لأن المشتري قصد نقل الثمن إلى هذا الشخص البائع الغير المالك، فليس قابلاً لانضمامه إلى إيجاب المالك.

وتوضيحه: أنه إذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تملك الثمن له، وتمليك المبيع منه، فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فكذا قبوله أيضاً مغايراً لانتباطه على الإيجاب الواقع، فالاكْتفاء عنه بمجرد إجازة المالك الرّاجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البائع، أعني المالك وإنشائه، عن رضا المشتري وإنشائه وهذا الذي ذكرنا أنه خلاف الإجماع، فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز.

توضيحه: أن الفضولي إنما قصد تملك الثمن للمشتري بازاء الثمن، وأما كون الثمن مالاً له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه.

وبعبارة أخرى: أن مفهوم الإيجاب ليس إلا إنشاء المعاوضة، وقضيته دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه، وحيث أن البائع يملك المثلّث بانياً على تملكه له وتسليطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناءه على تملك الثمن والتسلط عليه، وهذا معنى قصد البيع لنفسه، وحيث أن المثلّث ملك للمالك

فاذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يُردّد الأمر في المقام بين المحذورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلّث بعوضٍ من دون تعرّض لمن يرجع إليه العوض، إلّا باقتضاء المعاوضة لذلك.

ولا تنوّه: أن هذا منافٍ لما ذكرنا في الجواب عن الإشكال الأوّل، من أنّه يقصد نفسه مالكا، وإلّا لا يعقل تحقّق قصد المعاوضة، لأنّ البناء المذكور لأجل صحّة تحقّق القصد بالمعاوضة، وهذا وإن كان تحقّقها متوقفاً عليه إلّا أنّه ليس مأخوذاً في مفهومها، ففهم المعاوضة وإنشاء نفس هذا المعنى غير مأخوذ فيه ذلك، كما لا يخفى.

\* \* \*

## القول في الإجازة

والكلام فيها يقع :  
تارةً : في حكمها وشروطها .  
وأخرى : في الجيز .  
وثالثة : في الجاز .

أما حكمها : فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي ، بعد اتفاقهم على توقّفها على الإجازة ، في كونها كاشفة ، بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حينه ، حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد ، أو ناقلة ، بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها ، حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة ، على قولين فالأكثر على القول الأوّل .  
واستدلّ عليه : كما عن «جامع المقاصد» و«الروضة» بأنّ العقد سبب تامّ في الملك لعموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> وتماه في الفضولي إنّما يُعلم بالإجازة ،

فاذا أجاز تبين كونه تاماً، فوجب ترتب الملك عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة، بل به مع شيء آخر، وبأن الإجازة متعلّق بالعقد وهو رضى بمضمونه، ومضمونه ليس إلا نقل العوضين من حينه.

ومحصل الدليل الأول: وجوب مقارنة الأثر - أعني الملكية - مع مؤثره التام، وهو العقد، وعدم جواز انفكاكه عنه.

ويؤيده: في خصوص المورد «مادّة» الوفاء لإقتضاها ترتيب آثار الملكية من حين وقوع العقد، ضرورة عدم صدق الوفاء بذلك العقد بترتب الآثار بعد مضيّ سنة.

ومحصل الدليل الثاني: أن مدلول العقد ومفاده هو ذلك، وبعد امضاء الشارع لذلك المضمون يجب العمل على مقتضاه، وحكي عن الشهيد<sup>(ع)</sup> تقرير الدليل الأول بوجه آخر وهو أن العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلّها حاصلة إلا رضاه، فاذا حصل بالإجازة عمِل السبب عمله.

وهذان الدليلان بظاهرهما لا يخلوان عن نظر، ولا سيما إذا تقرّر الدليل الأول بالوجه الآخر.

أما الأول: فلمنع كون العقد بنفسه سبباً تاماً للملك، ضرورة تقييد الآية بما دلّ على اعتبار الرضا، وأنه «لا يحلّ مال امرئ إلا عن طيب نفسه»، فاذا كان للطيب مدخلة في التأثير، يمتنع تحقّق الأثر قبل تماميّة المؤثر.

وتوهم: كون الإجازة كاشفاً عن الرضا المقارن للعقد، بين الدفع، إذ الإجازة لاتدلّ إلا على الرضا حال الإجازة لا حال العقد، مضافاً إلى أن الظاهر أنه ليس من شرائط صحّة الفضولي عند القائلين به الرضا المقارن، بل قد عرفت فيما سبق إمكان دعوى: منع كون العقد الصادر من غير المالك المقارن برضاه فضولياً.

وبما ذكرنا ظهر أن تقرير الدليل بالوجه الآخر بين الفساد، لإعتراف المستدل بمدخلة الرضا في التأثير، وأنه من جملة الشروط، وإذا كان من جملة الشروط

فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله .

وما قد يدعى من إمكان ذلك في الشّروط الشرعيّة دون العقليّة، لإناطتها في الشرعيّة بجعل الشّارع المتأخّر شرطاً، كما في بعض الأسباب الشرعيّة، مثل غسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصّائمة وغيره من التّظائر.

ظاهره بين الفساد، لأنّ إمكان تحقّقه قبله ينافي التوقّف والشرطيّة، إذ الحكم بالامتناع بعد فرض التوقّف عقليّ، غاية الأمر مجعوليّة أصل التوقّف والاشتراط، وأمّا بعد الجعل، فامتناع تحقّق المشروط ما لم يتحقّق الشّروط حكم عقليّ، سواء كان الشّروط عقليّاً أو شرعيّاً، وإلّا لزم أن لا يكون شرطاً، ضرورة تحقّق المشروط بدونه، وهذا خلاف المفروض، فهذه الدعوى بمنزلة أن يقال إنّ التناقض الشرعي بين الشيئين لا مانع عن اجتماعهما، لأنّ التّقيض الشرعي غير التّقيض العقلي، ومن البين فساده.

إذا عرفت ذلك، علمت أنّ جميع ما ورد ممّا يتوهم كونه من هذا القبيل، لا بدّ من ارتكاب التّوجيه فيه بعد استقلال العقل، مثل أن يقال المتأخّر شرط لا الشّروط متأخّر، وهذا الوصف وإن كان أمراً اعتباريّاً منتزِعاً إلّا أنّ له حظّاً من الوجود كالفوقيّة والتحتيّة وغيرهما من الإضافات والأُمُرات الاعتباريّة، ولها آثار وأحكام، فيمكن أن يكون شيء منها سبباً أو شرطاً لأمر اعتباريّ آخر. ولعلّ هذا مراد من إدعى تجويز تأخّر الشّروط عن المشروط، فيكون مراده أنّه لما كان الأحكام الشرعيّة وأسبابها أُمُرات اعتباريّة كالزوجيّة والملكيّة وغير ذلك، يمكن فيها جعل المتأخّر شرطاً، بمعنى أن يجعل تعقّب شيء شرطاً وللملك شيء وغير ذلك، فيكون هذا الوصف المنتزع الاعتباريّ المقارن للمشروط الذي هو أيضاً أمر اعتباريّ فيه<sup>(١)</sup>، ومثله غير ممكن أن يكون شرطاً في الأشياء المتأصّلة الخارجيّة

١ - وعلى هذا، فاطلاق الشّروط على المتأخّر لا وصف التأخّر مسامحة منه في التّعبير (منه قدس سره).

التي يتوقّف تحقّقها في الخارج عليها، لأنّ الأمر الاعتباري غير قابل للتأثير في المتأصل الفعلي، ولو طرأ في الخارج ما يُترأى منه التأثير في الأشياء المتأصلة، فهو إنّما يكون من منشأ انتزاعها لا منها، وهذا ظاهر لمن له أدنى تأمل.

ثمّ قد يقال: مثل ذلك في توجيه كلام المحقّق حيث قال: «إنّ العقد سبب تام في الملك، وتماه في الفضولي إنّما يُعرف بالإجازة، وتقريب التوجيه أنّ العقد المتعقّب بالإجازة سبب تامّ لحصول الملك، فهذا الوصف الاعتباري أعني كونه متعقّباً بها شرط في ترتّب الأثر عليه، وكونه واجداً لهذا الشرط الذي به يتحقّق تمام السبب إنّما يُعلم بالإجازة، وهذا التوجيه ممّا احتمله بعض الأعلام، بل التزم به جماعة من متقاربي عصرنا، من أنّ معنى شرطية الإجازة كونها كاشفة عن شرطية الوصف المنتزع، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد، وإنّ كان نفس الإجازة متأخّرة عنه، ولازم ذلك الالتزام بجواز تصرّف المشتري في المبيع لو علم بأنّ المالك سيجيز العقد. والظاهر أنّ الالتزام به مشكّل، ويضعف هذا التوجيه أنّ الظاهر من دليل الحيلّ وجواز الأكل، شرطية نفس الرضا، لجواز التصرف، لا الوصف المنتزع، كما لا يخفى».

وقد يوجّه كلام المحقّق رحمه الله بتوجيهين آخرين:

أحدهما: أنّ نفس الرضا باعتبار وجودها المطلق - مع قطع النظر عن الزمان - شرط، فليس للزمان مدخلية في التأثير، وهو بهذا الاعتبار موجود في ظرف وجوده أزلاً وأبداً، فيؤثّر في العقد تأثيره، فالشرط حينئذ هو الرضا في الجملة في أيّ زمان كان، من غير مدخلية الزمان، بل باعتبار إلغاء هذه الخصوصية. ويرد على هذا التوجيه: أنّ الرضا المطلق بهذا الاعتبار أيضاً غير صالح في التأثير، إلّا فيما هو موجود في ظرف وجوده.

وبعبارة أوضح: أنّ اعتبار إلغاء خصوصية الزمان، وعدم مدخلية في التأثير، غير موجب لتقارن الموجود الذي من جملة مشخصاته الزمان، مع ما هو

متقدّم عليه في الزّمان، حتّى يؤثّر فيه، وكيف لا، وإلّا لجاز تقديم جميع المعلولات على عللها الفاعليّة التي لا مدخلية للزّمان في عليّتها كما لا يخفى.

وثانيهما: أن يقال إنّ العقد على قسمين؛ قسم لا يقترن بالرّضا أصلاً، وقسم يقترن به في الجملة.

أمّا القسم الذي لا يقترن به أصلاً لا يجب الوفاء به قطعاً، لتخصيص دليل الوفاء بأدلة الطّيب.

وأمّا القسم الآخر، فهو باقٍ تحت العمومات، لا لمدخلية الطّيب في هذا القسم حتّى يقال إنّ الطّيب جزء المؤثّر، ولا يؤثّر العقد قبل تحقّقه، بل لأجل اقتران هذا القسم من العقد بخصوصيّات لا نعلمها، فيكون معرّفاً عن هذا القسم، وكون القسمين في نظرنا على حدّ سواء مع قطع النظر عن الطّيب غير موجب لكونهما في الواقع كذلك، إذ من الجائز أن يكون لكلّ من القسمين خصوصيات لا يعلمها إلّا علام الغيوب، وصارت خصوصيّات هذا القسم سبباً للحكم بوجوب الوفاء للقسم الآخر بنفسها.

ويُردّ هذا التوجيه: مضافاً إلى كونه بعيداً من أصله، ظهور أدلة الطّيب، في كون نفس الطّيب شرطاً في حلّ التصرّف لا خصوصيّات أخرى، ويكون الطيب معرّفاً عنها، فافهم.

وأمّا الدّليل الثّاني: فقد أورد عليه شيخ مشايخنا رحمته في «المكاسب»:

«أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد، إلّا أن مضمون العقد ليس هو الثّقل من حينه، حتّى يتعلّق الإجازة والرّضا بذلك الثّقل المُقَيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس الثّقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإمّا الزّمان من ضروريّات انشائه، فإنّ قول العاقد (بعث) ليس نقلت من هذا الحين، وإن كان الثّقل المنشئ به واقعاً في ذلك الحين، فالزّمان ظرفٌ للثّقل لا قيدٌ له، فكما أن إنشاء مجرّد الثّقل الذي هو مضمون العقد في زمانٍ يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك



الزَّمان فكذلك إجازة ذلك الثَّقل في زمانٍ يوجبُ وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أنَّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع الثَّقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع الثَّقل من زمان الإجازة، ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنَّه ليس إلَّا رضاً بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب الثَّقل من حينه، وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنَّ الموجب ينقل من حينه، والقابل يتقبَّل ذلك ويرضى به»<sup>(١)</sup>.

ثمَّ أورد عليه ﷺ ثانياً بما حاصله: «أنَّه سلَّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه، وأنَّ الإجازة هو الرِّضا بهذا المضمون، لكنَّ نقول لم يدلَّ دليلٌ على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه، لأنَّ وجوب الوفاء بالعقد تكليفٌ يتوجَّه إلى العاقلين كوجوب الوفاء بالعهد والتَّدر، ومن المعلوم أنَّ المالك لا يصيرُ عاقداً أو بمنزلة إلَّا بعد الإجازة، فلا يجبُ الوفاء إلَّا بعدها، ومن المعلوم أنَّ الملك الشرعي يتبعُ الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك».

ثمَّ أورد عليه ﷺ ثالثاً بما ملخصه: «أنا لو سلَّمنا كون مفهومها العرفي كما ذكرت، وأنَّ الدَّليل يعني عموم «أوفوا بالعقود» دلَّ على إمضاء الشارع لها على طبق مفهومها العرفي، يعني جعل العقد جائزاً نافذاً من زمان وقوعه.

لكن نقول: أنَّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لإستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلَّ الدَّليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدَّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار المملكة، فإذا أجاز المالك حَكَمنا بانتقال نماء

المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه.

والحاصل: أنه يُعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقلٌ حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات» انتهى.



### في أن الزمان من خصوصيات الإنشاء ولوازمه

أقول: مقتضى الإنصاف أن مضمون العقد ومفهومه وإن كان مُعرّئاً عن الزمان، ولا يكون الزمان مأخوذاً في مفهوم العقد، إلا أنه من خصوصيات الإنشاء ولوازمه، كما اعترف به الشيخ رحمه الله من أنه من ضروريات وجوده، ولا ريب أن الإجازة إنما تتعلق بذلك العقد الخاص الذي من جملة مشخصاته الزمان الماضي، وليس له - مع قطع النظر عن الزمان - وجوداً مستمراً حتى ينضم بالإجازة في زمان الإجازة.

توضيحه: أن العقد الواقع في الأمس لا وجود له فيما بعد الأمس، سواء كان الظرف مأخوذاً في مفهوم العقد أو غير ملحوظ فيه أصلاً، بل كان مفهومه منحصراً في نفس الإنشاء، ضرورة كون الإنشاء المستفاد من العقد جزئياً خارجياً موجوداً في ظرف وجوده، ولا وجود له فيما بعد هذا الزمان، نعم له أثر مستمر وهو الملكية من زمان حدوثه إلى آخر الأبد مثلاً، وعلى هذا فامضاء العقد ليس إلا الرضا بالنقل الخاص الذي انشأ في الأمس الذي لا وجود له فيما بعد الأمس، واعتبار عدم كون الزمان إلا ظرفاً له غير موجب لصيرورته محيطاً كما لا يخفى، فالإجازة إنما انطبقت على ما وقع، وهو العقد المتحقق في الزمان الماضي.

ويؤيد ذلك: أنا إذا راجعنا وجدنا أنه لو قال المشتري أنني رضيتُ بنقل الملك الصادر من زيد مثلاً من هذا الحين، لم يكن ذلك إجازةً وامضاءً للنقل الصادر منه فضولاً في السنة السابقة، بخلاف أنني رضيتُ بما فعله من زمان صدور الفعل منه، فإن ذلك إمضاء لفعله في نظر العرف بشهادة الوجدان، فمقتضى ما ذكرنا أن الإجازة إنما تتعلق بذلك العقد الخاص، ويصيرُ العقد الخاص بسبب الإجازة عقداً للمالك.

والحاصل: أن معنى الإجازة - بمقتضى مفهومها العرفي - هو الرضا بما مضى، أعني العقد الخاص الواقع في الأمس، فيصير هذا العقد الخارجي الصادر في الأمس عقداً للمجيز من حين إجازته لأجل الإجازة، وحينئذٍ نقول إذا دلّ الدليل أنه يجب الوفاء بذلك العقد، معناه وجوب العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، وقد عرفت أن مؤدَى الإجازة ومضمونها إمضاء العقد الماضي من زمان حدوثه.

وعلى ما ذكرنا فيتوجه الإيراد الثالث الذي ذكره، فلا بدّ حينئذٍ من الإلتزام بالكشف الحكمي الذي ذكره كما ذكره وسيجيء مزيد توضيح لذلك إن شاء الله.

ثم إن ما ذكره ﷺ من النقص بالقبول ففيه الفرق بين القبول والإجازة.

بيان ذلك: أن القبول ليس مجرد إمضاء الإيجاب، بل هو مشتملٌ على إنشاء التملك، كما أن الإيجاب مشتملٌ على إنشاء التملك، وكيف لا وقد تسالموا على أن القبول ركن العقد، مع أن القبول لو كان إمضاءً للإيجاب للزم أن يكون الإيجاب وحده تمام العقد ولا يلتزمون به، وهذا بخلاف الإجازة فإنها منطبقة على عقد تام مشتمل على الإيجاب والقبول.

توضيح الفرق: أنا لو التزمنا بأن العقد يدلّ بمفهومه على وقوع الأثر من حينه، لا يلزم ذلك ورود النقص بالقبول، لأن القبول ركن العقد مشتملٌ على الإنشاء، ولا يترتب على صرف النقل الإيجابي أثر حتى يترتب من حين الإيجاب، ضرورة عدم تحقق الأثر قبل تمامية المؤثر، والمفروض أن الإنشاء الذي يتضمّنه القبول أحد ركني العقد، وليس هو إلّا من حين إنشائه، فلفظ (قبلتُ البيع) بمنزلة

اشتريت، وهذا يقتضي وقوع الشراء من حينه على هذا القول، لا من حين البيع، ومعلوم أن ذلك ليس إخباراً عن وقوع الشراء حين تحقق البيع كما لا يخفى.

ومحصل ما ذكرنا: أن العقد مركّب من إيجاب وقبول، وكلّ منهما مشتمل على إنشائين، أحدهما: أصلي، والآخر تبعي. فقول البائع (بعتك هذا بدرهم) مشتمل على إنشاء تملك المثلث ونقله إلى المشتري بالأصالة، وإنشاء انتقال الثمن وتملكه عوضاً عن المبيع تطفلاً، وكذا قول المشتري (اشتريته به) يشتمل على إنشاء تملك المثلث ونقل الثمن عوضاً له، فكما أن الإيجاب يقتضي وقوع الثقل من حينه، كذلك القبول يقتضي وقوع التملك من حينه، والمفروض أن الملكية من آثار تمام العقد وتمايمته إنما تتحقّق حين إنشاء القبول، نعم لو التزم بأن القبول مجرّد الرضا بالإيجاب لتمّ النقص، إذ الإجازة في الفضولي إنما تتحقّق بعد تمام العقد بركنيه، وهي ليست إلا الرضا بما وقع، ولذا لو فرض تجريد القبول عن الإنشاء بحيث لا يقصد به سوى الرضا بالإيجاب من دون إنشاء الانتقال لالتزم بصحة العقد وتمايمته.

ثمّ إنّنا وإن لم نلتزم بدلالة العقد بمفهومه اللفظي على وقوع الأثر، أعني الثقل من حينه، إلا أن مقتضى ما ذكرنا من كون الزمان من خصوصيات العقد هو أن يقال إنّ الإجازة واقعة على هذا العقد الخاص، اقتضى حصول الملكية من حينه، وهذا هو مقتضى مفهومها العرفي.

ولكنك قد عرفت - كما ذكر في الإيراد الثالث - امتناع صيرورة الإجازة سبباً لتأثير العقد من حين وقوعه، ضرورة استحالة انقلاب الشئ عمّا وقع، وقد وقع العقد غير مؤثّر إلى زمان الإجازة، فكيف ينقلب مؤثراً، فالإجازة وإن كانت سبباً لصيرورة هذا الخاص الواقع في الأمس مثلاً عقداً للمجيز إلا أنه لا يتمكّن أن يكون لكون العقد مؤثراً من زمان صدوره، إذ الزمان الماضي لا يصدر حتّى يؤثّر العقد الموجود بصفة عدم التأثير أثره، فعلى هذا لو دلّ دليل على أن هذا العقد الخاص يجب الوفاء به، ومعلوم أن الوفاء بالعقد عبارة عن الإلتزام بمؤداه، وقد عرفت أن

مؤداه حصول الثقل من حينه، وقد تبين أن الالتزام بذلك من زمان الحصول غير معقول، فلا بد من صرف ذلك الدليل:

إمّا بأن يقال: إنه مقيد بالإمكان، وأن الوفاء به فيما مضى من الزمان مستحيل، والممكن من الوفاء به إمّا هو بالنسبة إلى المستقبل، فيكون ذلك الدليل دليلاً لصحة هذا العقد الفضولي، وكونه ناقلاً من زمان الإجارة.

وإمّا بأن يقال: إنه يدل على وجوب ترتيب الأثر على هذا العقد، وعدم جواز رفع اليد عنه بقدر الإمكان، فالالتزام بمبدول العقد في الماضي، أعني تحقق الملكية فيه وإن لم يكن ممكناً، إلا أن ترتيب آثار الملكية التقديرية ممكن في زمان الإجارة، مثل استيفاء المنفعة، وأخذ البدل على صورة التلف على احتمال، فالوفاء بهذا العقد بالنسبة إلى الزمان الماضي هو ترتب آثار الملك فيه حكماً، بقدر الإمكان وفي المستقبل ترتيب آثاره حقيقة والالتزام بتحقيقه واقعاً، ولا يلزم على ذلك استعمال اللفظ في معناه الحقيقي والمجازي، لاستعماله في الجامع بينهما، مثل أن يقال لا يجوز رفع اليد عن العقد الواقع وأنه أوف به كلما أمكنك من الوفاء ولو حكماً كما لا يخفى، فعلى هذا يكون ذلك دليلاً للكشف الحكمي. هذا إذا لم نقل بكون ذلك بالنسبة إلى الزمان الماضي وفاءً حقيقةً.

وأمّا إذا قلنا بصدقه عليه، وكون ذلك وفاءً حقيقةً بهذا العقد، كما أنه ليس ببعيد، أو قلنا بأن ذلك مرتبة من الوفاء، فيكون الوفاء ذا مراتب، فما لا يدرك كله لا يترك كله، فلا إشكال في كون هذا المعنى معنياً، وكونه دليلاً على صحة الفضولي، وكون الإجارة ناقلة بحكم الكشف، فالمتعين حينئذ الكشف الحكمي كما لا يخفى.

وبما ذكرنا تبين حال ما دل على وجوب الوفاء بالعقود من كيفية شموله لهذا العقد بعد صيرورته عقداً للمجيز، إذ الأمر حينئذٍ دائر - بعد ملاحظة إمكان الوفاء به حقيقةً من أول زمان صدوره، بناءً على صدق الوفاء على النحو المذكور - بين أن يقال إن هذا الفرد من العقد خارج عن العموم رأساً، فيكون بالنسبة إليه مخصّصاً،

والقرينة عليه حكم عدم إمكان الوفاء به، فعنى الدليل على هذا أنه يجب الوفاء بكل عقد إلا هذا الفرد الذي لا يمكن الوفاء به.

وبين أن يقال: إنه يشمل هذا العقد أيضاً، ولكنه بعيد بالنسبة إليه بالقدر الممكن، وهذا العقد وإن لم يمكن الوفاء به حينئذٍ بالنسبة إلى الزمان الماضي، ولكنه بالنسبة إلى المستقبل ممكن، فيشملة بالنسبة إليه، فعناه حينئذٍ أنه يجب الوفاء بكل عقد بقدر الإمكان، فما لا يمكن الوفاء به خارج عن مدلوله.

وبين أن يقال: إنه يجب الوفاء بكل عقد بكل مقدار ممكن من الوفاء، ويقال إن ما ذكر أيضاً مرتبة من الوفاء وإن لم يكن حقيقة، ولكنه في حكم الوفاء الحقيقي. قد عرفت مراراً أن هذا الاحتمالات كلها على فرض عدم الالتزام يكون ذلك وفاء حقيقة، وإلا فلا شبهة في كون الاحتمال الأخير متعيناً.

ثم أن المتعين من تلك الاحتمالات أحد الأخيرين، إذ لا شبهة ولا خلاف في شمول الآية لهذا العقد بعد صيرورته عقداً للمجيز، على صحة الفضولي، فأنه وإن وقع الخلاف في صحته، ولكنه بعد الالتزام بالصحة لا كلام في شمولها، والمفروض في المقام هو الفراغ عن صحته، فلا وقع للاحتمال الأول.

أما الاحتمالان الأخيران، فلا يبعد دعوى كون الثاني منها أرجح بحسب المتفاهم العرفي، لإمكان دعوى أن الآية مسوقة لبيان عدم جواز رفع اليد عما التزمه الإنسان على نفسه، وأنه يجب العمل على مقتضى التزاماته مهما أمكن والالتزام بلوازمه، فعلى هذا يدل على أنه لو لم يكن تمام الوفاء والأخذ بما قاله، فلا أقل من أن يلتزم باللوازم والآثار الممكنة، فبالنسبة إلى الزمان الماضي بعد الإجازة لا بد من ترتيب الآثار الممكنة والالتزام بها، وفي المستقبل يؤخذ بتمام مقتضاه، وهذا معنى الكشف الحكمي.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الأقرب بحسب المتفاهم العرفي ومؤدّيات العمومات هو الكشف الحكمي، ثمّ النّقل، وأمّا الكشف الحقيقي على أن يكون الرّضا شرطاً متأخراً فغير معقول، فافهم.

ويدلّ على ما اخترناه: أعني الكشف الحكمي - مضافاً إلى ما ذكرنا - بعض الأخبار الخاصّة الواردة في بعض الموارد الدالّة على وجوب ترتيب آثار الملك من زمان وقوع العقد، وهذه بعد إبطال الكشف الحقيقي يتعيّن حملها عليه كما لا يخفى.

منها: صححة محمد بن قيس<sup>(١)</sup>، حيث يظهر منها أنّ علاج فكاك الولد بحسب ولد السّيد، وأنّه يصير سبباً لإجازة عقده، وبعد الإجازة لا بدّ له من فكاك الولد، وهذا لا يتمّ إلّا على الكشف، لأنّ الإجازة على القول بالنّقل غير موجبة لفكاك الولد، ضرورة حصول النّقل بعدها، فالسّبب المجرّز للحبس غير مرتفع بها.

توضيح ذلك: أنا بعدما وجّهنا حبس الولد، وحملناه بأنّ ذلك إنّما يكون لأجل ثمنه لكونه نماءً في ملكه، فهذه العلّة باقية مطلقاً حتّى يخرج عن عهدة الثمن، سواء أجازته أم لا، لو قلنا بكون الإجازة ناقلة، وأمّا إذا قلنا بكونها كاشفة وأنّه يجب بعد الإجازة ترتيب أحكام الملك من زمان العقد بقدر الإمكان، فالنماء للمشتري، ويكون الحبس علاجاً لفكاك الولد، لكونه سبباً للإجازة الموجبة لصيرورة النماء له، فليس للمالك حبسه بعدها، فافهم.

ومنها: صححة أبي عبيدة<sup>(٢)</sup> الواردة في تزويج الصّغيرين فضولاً، الآمرة بعزل الميراث من الزّوج المدرك الذي أجاز فوات، للزّوجة الغير المدركة حتّى تدرك وتحلف، وهذه الصححة يستظهر منها في بادي النّظر أنّ الإجازة موجبة لكون العقد الواقع مؤثراً من حين وقوعه، وكاشفة عن التأثير من هذا الحين، إذ لا وجه

١- وسائل الشيعة: ج ٢١ باب ٨٨ ص ٢٠٣.

٢- وسائل الشيعة: ج ٢٦ باب ١١ ص ٢١٩.

للمحكم بالعزل إلا على هذا القول، إذ على القول بالنقل ينافي ذلك سلطنة الناس على أموالهم، مع أن الإجازة غير مؤثرة أصلاً على هذا القول، لفوت المحل، والتوارث إنما تحق قبلها.

وهذه الرواية كما أنها تنافي القول بالنقل، كذلك تنافي الكشف الحكمي أيضاً بظاهرها، لأن الميراث على هذا القول أيضاً باقٍ على ملك الورثة. غاية الأمر أنه بعد الإجازة يجب ترتيب الآثار من أول الأمر بقدر الإمكان، فالمحكم بالعزل حينئذٍ منافٍ لسلطنتهم على أموالهم، وهذا بخلاف الكشف الحقيقي، لعدم إحراز كونهم مالكين إلا بالأصل، أعني أصالة عدم تحقق الإجازة الرجعة إلى أصالة عدم تأثير السبب.

ويمكن رفع اليد عنه للاحتياط، لاحتمال كونه في الواقع ملكاً للزوجة، وأما على الكشف الحكمي فهو في الحقيقة ملوك لهم ظاهراً وواقعاً، فالعزل على الكشف الحقيقي ليس إلا مخالفاً للأصل، أعني الحكم الظاهري، وعلى الكشف الحكمي، مع أنه مخالف له منافٍ لقاعدة السلطنة أيضاً.

هذا، ولكثرتك بعدما عرفت من عدم إمكان الالتزام بالكشف الحقيقي، فلا بد من الالتزام بكونه أيضاً نَحْواً من الاحتياط في الأموال وأن حكم الشارع بالعزل لاحتمال صيرورته ذا الحق فيما بعد، ولأجل ذلك حكم بوجوب التحفظ حتى يصل إلى من سيصير حقاً له، وهذا التوجيه لا يجري على القول بالنقل أصلاً كما لا يخفى، فتبصر.

القول في بيان الثمرة<sup>(١)</sup>.



١ - ورد في جميع النسخ المخطوطة لهذا الكتاب عبارة (قد وجد في الأصل هنا بياض) أو (نسخة الأصل خالية من ذكر الثمرة ومحلها مبيضة).



## [الإجازة والبحث عن حكمها الشرعي]

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلية ليس في مفهومها اللغوي أو العرفي، بل في حكمها الشرعي، بمعنى أنه هل المَجْعول في هذا العقد الواقع فضولاً وجوب الوفاء من حينه، أو من زمان الإجازة مع قطع النظر عن معنى الإجازة ومدلولها؟

نعم مقتضى بعض الأدلة المذكورة سابقاً للكشف، وكذلك الأجوبة المنقولة عنها من التّاقّلين، هو الإلتزام بأحدهما على فرض تعيين معناها، حيث قالوا في الاستدلال: بأنّ الإجازة تدلّ على الرّضا بضمون العقد وهو التّليّك من حين وقوعه، وكذا ردّه بأنّ الزّمان ليس مأخوذاً في معنى الإيجاب والقبول، وإلّا لكان مأخوذاً في معنى الإجازة أيضاً، ففقتضاها التأثير من حين وجوده، فعلى هذا يكون الاختلاف في معناها مدركاً لهذا الاختلاف بمقتضى ذلك الدّليل، وهذا الخلاف إنّما هو في الحكم الشرعي الثّابت لهذا العقد بملاحظة اعتبار رضا المالك وأدلة وجوب الوفاء بالعقود وغيرها من الأدلة الخارجيّة، من أنّه هل يوجب تأثير العقد من حين وقوعه، أو من حين تحقّق الرّضا؟ أو أنّه يستدعي تأثير العقد بمقتضى الأدلة

على نحو تحقق الرضا؟ فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة (على القول بالكشف)، أو الإمضاء من حين العقد (على القول بالنقل)، ففي صحتها، أعني سببيتها لتأثير العقد على وفق مؤدّاه (لا مطلق التأثير بأي نحو من الأنحاء، إذ ربّما يمكن الالتزام بتأثيرها لا على وفق مؤدّاه على بعض التقارير، بناءً على القول بالفساد، فافهم) وفسادها على كلّ من التقديرين، وجهان:

أما وجه الصحة في الأول: فلأنّها إمضاء لبعض مؤدّاه، فيكون كامضاء بعض المبيع، فهذا نظير تبعض الصّفقة في الأزمان.

وأما التكلّم في ثبوت الخيار على هذا التقدير فخارجٌ عما نحن بصددّه. ووجه الفساد: أنّ هذا العقد لا يصلح إلّا للتأثير من حين وقوعه، فعدم التأثير في الزمان الأوّل، وتأثيره في اللاحق، مستلزمٌ لانفكاك المؤثر عن أثره، وليس العقد السابق صالحاً للتأثير من حين الإجازة، بل يحتاج إلى عقد جديد. وبعبارة أوفى: أنّ المعقود عليه غير ممضًى، وأنّ الذي أمضاه المجيز غير معقود عليه.

ووجه الصحة في الثاني: أنّ الحكم الشرعي، أعني وجوب الوفاء يتبع موضوعه بحسب المتفاهم العرفي، وإذا اقتضى الموضوع بالصراحة الالتزام بالآثار من حين العقد فيجب الوفاء به، كما هو مقتضى الجواب المذكور، حيث يظهر منه أنّ الالتزام بالنقل، لعدم اعتبار الزمان قيداً في مفهوم العقد والإجازة، فيؤثر الإجازة من حين وقوعه، وليس موجباً للتأثير من زمان وقوعه، فلو اعتبره، وصرّح به بحيث يكون قيداً، فمقتضاه تأثير العقد من حين وقوعه كما لا يخفى.

ووجه الفساد: امتناع تحقق المسبّب قبل تمام السبب، فتأثير الإجازة التي هي شرطٌ لتأثير العقد في تأثيره من حين وقوعه مستحيلٌ، وقد مرّ الكلام في بيان ذلك مستوفى.

## [في تحقّق الإجازة بالكناية]

### التنبيه الثاني :

أنّ الظاهر أنّه كما تتحقّق الإجازة باللفظ الصريح، كذلك تتحقّق بالكناية، وبالأفعال الدالة على إمضاء المعاملة، كالصرف في المبيع بعنوان كونه مبيعاً، لا لغير هذه من العناوين كالغصب مثلاً.

وأما كفاية مطلق الرضا، ففيه إشكال، ولكنّ الظاهر أنّ مقتضى قوله تعالى : «أحلّ الله البيع» لدلالته على حليّة البيع ذاتاً، منضمّاً إلى أدلّة الطيب، صحّة البيع الفضولي ولزومه بعد اتّصافه برضا المالك، وقد تبين سابقاً عدم اعتبار مقارنة الطيب وسبقه على العقد، بل يكفي تحقّقه مطلقاً، سواء قارن العقد أم لاحقه، هذا بالنسبة إلى دليل الحلّ.

وأما ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود، فصدقه على هذا العقد، بحيث يكون ذلك العقد بعد الرضا به صحيحاً لازم الوفاء به بسبب ذلك الدليل، فلا يخلو عن تأمل، لما عرفت سابقاً من أنّ الظاهر من الآية - والله أعلم - بعد كونه خطاباً لملاك الأموال، وجوب وفاء كلّ مالك بعقده، والالتزام بمعاهداته، لا وجوب الوفاء بكلّ

عقد وقع في ماله من أيّ شخص كان، ولكنّه خرج عن العموم العهود التي لم يرض بها بمقتضى أدلّة الطّيب، كما في قولك (أوفٍ بالنذر) و(أوفٍ بالوعد) وغير ذلك، حيث أنّها بحسب الظّاهر بمنزلة قولك (أوفٍ بنذكرك) و(أوفٍ بعهدك) لا كلّ نذر تعلّق في حقّك، وهذا الظّهور إنّما هو للمناسبة بين الحكم وموضوعه كما لا يخفى.

وعلى هذا فصيرورة المالك مكلفاً بوجوب الوفاء بعد كونه راضياً، فرع اتّصافه بكونه عاقداً، حتّى يصحّ في حقّه أن يقال (أوفٍ بعقدك)، واتّصافه به بمجرد حصول الرّضا منه بالعقد من غير مظهر لا يخلو عن تأمّلٍ، بخلاف ما لو أظهره بلفظٍ أو فعلٍ، فإنّ الظّاهر حينئذٍ اتّصافه به في نظر العرف.

هذا، وقد يذكر تأييداً لكفاية مطلق الرّضا في الإجازة، بل دليلاً عليها، ما ذكره بعضهم من أنّه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضلاً سكوتها، وكذا ما ورد من بعض الأخبار في بعض الموارد الدالّة على كون السّكوت إقراراً. والظاهر أنّ كون سكوت البكر إمضاءً للعقد مستفادٌ منها ومستندٌ إليها.

وكيف كان، يمكن المناقشة فيها بأنّ الكلام في كفاية الرّضا من حيث هو - سواء دلّ دليل عليه أم لا - بحيث لو رضي بالعقد فيما بينه وبين الله ولم يُظهره بقرينة، ولو حالّة، يجب عليه الالتزام، وهذه الأخبار لا تنهض دليلاً عليها، لكون الرّضا قرينة عليه، فهذه لا تثبت إلّا الصّحّة فيما لو أظهر الرّضا بشيء ولو بظاهر حاله. والظاهر أنّ هذا المورد لا إشكال فيه لاندراج السّكوت تحت الفعل الدالّ على إمضاء المعاملة كالنصرّف في الثمن، وقد ذكرنا أنّ الظّاهر كفايته في إجازة العقد وإنفاذه، ولا يشترط فيها كونها باللفظ الصّريح، مع أنّه يمكن أن يقال إنّ جعل سكوت البكر إجازة تعبداً، وإن لم يُفد القطع بالرّضا، دفعاً للجرح عليها وعلينا.

والتمسك لإثبات كفاية مجرد الرّضا بما ورد فيمن تزوّج في حال السكر، أنّها إذا قامت بعدما أفاقت فذلك رضاً منها، فلا يخلو عن إشكال إذ لا شبهة في بطلان عقد السكران، فلا بدّ من حمل الرّواية على ورودها في مرتبة من السكر التي لا يزول

معها العقل والشعور، وعلى هذا فلا يتوقف على الرضا اللاحق، فاللزام حينئذ ارتكاب التأويل في الرواية، فلا يثبت به المدعى.

ثم لا يخفى أن هذه الأدلة، وإن لم تنهض لإثبات كفاية مجرد الرضا، إلا أنك عرفت أنه يكفي لإثباته دليل الحل، منضمّاً إلى دليل الطيب، إلا أنه يشكل ذلك باستلزامه كفاية الرضا المقارن للعقد في صحته بالألوية القطعية، مع أن الظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك، وأيضاً أنه لو كان مجرد الرضا مُلزمًا لكان مجرد الكراهة أيضاً فاسخاً، مع أن الظاهر أنه لا يلزم به أحد.

ويمكن أن يقال: إن انحلال العقد وخروجه عن أهلية التأثير، لما كان مخالفاً للعقد، فيقتصر على القدر المتيقن الثابت بالدليل، أعني صورة الرد، وأما مجرد الكراهة فلا، فقياسه على الرضا قياس مع الفارق، فافهم.

\* \* \*

## [اشتراط عدم سبق الإجازة بالرد]

### التنبیه الثالث :

أنّ من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد، إذ بعد الرد ينفسخ العقد فلا يبقى قابلاً للحقوق الإجازة، ولا يصير بالإجازة بعد الرد ذلك العقد عقداً له، حتّى يجب عليه الوفاء به، لانحلّاله قبلها بالردّ.

وأما توهم: كفاية ما دلّ على حليّة البيع، منضمّاً إلى أدلّة اعتبار الرضا، لإثبات صحّتها.

فمدفوع: بالإجماع إذ الظاهر أنّ المسألة إجماعية، فعلى هذا ما ورد في بعض الروايات حيث يُستظهر تأثير الإجازة بعد الرد، فليؤلّ أو يطرح.

### التنبیه الرابع :

الظاهر أنّ الإجازة ليست حقّاً من الحقوق الماليّة حتّى يورث، بل هو حكمٌ من الأحكام، وأثر من آثار سلطنة المالك على ماله، فهل للورثة الإجازة أم متفرّع على القول بجواز مغايرة المجيز مع المالك حال العقد وعدمه؟ وسيجيء حكمه إن شاء الله.

التَّنبِيه الخامس :

قال الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ :

«إجازة البيع ليست إجازةً لقبض الثَّمن ، ولا لإقباض المبيع ، ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مَضَّتْ الإجازة ، لأنَّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثَّمن عن عهدة المشتري ، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع ، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع ، ولكنَّ ما ذكرنا إنّما يصحَّ في قبض الثَّمن المعين»<sup>(١)</sup> انتهى .

وهذا الكلام أنّما يتمّ لو قلنا بكون الضَّمان حقّاً ، ولو قلنا بكونه حُكماً شرعياً - كما هو مختاره على ما سيظهر من بعض كلماته - فليس قابلاً للإسقاط كما لا يخفى ، وعلى هذا فيُشكل الأمر في قبض المبيع المعين أيضاً . ويمكن أن يقال : إنّ القبض الحقيقي وإن كان عبارةً عن وصول العين

المقبوضة إلى يد القابض، ولا يتحقق ذلك بفعل الغير، وإن أمضاء، لأن أمضاء القبض ليس قبضاً، وهذا بخلاف الوكيل، لأنه بمنزلة الآلة للموكل، إلا أن القبض المعتبر في المقام ليس إلا القبض العرفي، وكذلك الأداء، ولا ريب أنه لو أعطى الودعي الوديعة إلى ولد المالك أو شخص آخر، ثم أخبره بذلك فأمضاه، يصدق عرفاً أنه أداها، وأن المالك قبض عينه، بحيث لو كان للقبض أثر كسقوط الضمان يثبتون عليه، ولا يغرمونه بعد تلفه في يد من أخذه، بالخروج عن عهده، مع علمهم بثبوت الضمان إلى حين الاداء، بل لو ادعى المالك ذلك بعد التلف يلومونه ويقولون له: إنك لقد أخذت مالك فبم تلزمه!

وبهذا التعميم يرتفع الإشكال عن كلا المقامين، حتى لو قلنا بأن الكلي لا يتعين إلا بقبض المشتري ورضاه، إذ المفروض صيرورته بعد الإجازة قبضاً له عرفاً، فيرتب عليه أحكامه.

ثم لا يخفى أنه يشكل الحال على طريقة الشيخ رحمه الله من إرجاع مرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان في الصرف والسلم، حيث أن مقتضاها عدم الصحة إذا كانا فضولياً، لأن صحتها متوقفة على القبض، وعلى طريقته لا يتحقق القبض أصلاً، ومعلوم أن إسقاط الضمان غير مجد في الصحة، لعدم كونه قبضاً حقيقةً، فلا يترتب عليه صحة ما يتوقف صحته عليه، فاللزام حينئذ الالتزام بالفساد فيها لو كانا فضولياً، وهو مشكل بعد تسليم الصحة في سائر العقود مطلقاً، إذ الظاهر عدم الفرق فيها.

اللهم إلا أن يقال: إن القدر الثابت من اعتباره فيها إنما هو قبض المتعاقدين لا المالكين، فالمعتبر في الصرف أو السلم مثلاً أن لا يكون يدأ بيد، وهذا أمر ثابت متحقق صادر من الفضولي، لا يتوقف إلا على رضا المالك والالتزام بمؤداه.

ولا يرد هذا الإشكال على ما اخترناه من كون إمضاء القبض قبضاً في نظر العرف، وليس المعتبر فيه إلا القبض العرفي، فبإجازته يصير ذلك القبض الصادر



حال العقد قبضاً له عرفاً.

نعم يبقى هنا إشكال آخر وهو: أن الإجازة هل هي موجبة لصيرورة القبض قبضاً من حينها، أو هي كاشفة عن كون القبض قبضاً للمالك من أول الأمر؟ وعلى الأول هل يستلزم ذلك فساد العقد، لو قلنا باعتبار قبض المالكين، أم لا؟

ولتوضيح الإشكال والتكلم فيه محل آخر.

ثم قال الشيخ رحمته في آخر كلامه «فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً - كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي، أو التفرق - كان إجازة العقد إجازة للقبض صوناً للإجازة عن اللغوية، ولو قال (أجزت العقد دون القبض) ففي بطلان العقد أو بطلان القبض وجهان» <sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه. أقول: وفي قوله «صوناً للإجازة عن اللغوية» تأمل، لأن حمل فعل الشاعر العاقل على الصحيح ليس قرينةً لفظيةً موجبةً لتقدير امضاء القبض، ولا قرينةً حاليةً بها يتعين مقصود المتكلم، لإمكان إرادة أمر معقول من الامضاء دون الصحة، كاسكات الوساطة وغيره من الأغراض العقلانية.

\*\*\*

## الكلام في المجيز

يُشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف، بالبلوغ، والعقل، والرشد، ووجهه ظاهر.

وهل يُشترط في صحّة عقد الفضولي وجود مجيزٍ فعلاً حين العقد - فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحةٍ، ولا ينفعه إجازته إذا بلغ، أو إجازة وليّه إذا حدثت المصلحة بعد البيع - أم لا؟ قولان:

أقواهما الصحّة، لأنّ العقد الصّادر من الفضولي، المتعلّق بماله بعد إجازته يصير عقداً له، ولا مانع من توجّه الأمر بوجوب الوفاء إليه.

ومن هنا ظهر أنّه لا يُشترط في المجيز أن يكون جائز التصرف حال العقد، سواء كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضي أو المانع كما لا يخفى.

ثمّ أنّه لو انتقل المال المبيع فضولاً من المالك حين العقد إلى آخر، هل يصحّ إجازته؟

وجهان: أظهرهما عدم، لأنّ شمول الأمر بالوفاء يتوقّف على صيرورة العقد عقداً له بإجازته، لما عرفت من أنّه بمنزلة أن يُقال أوفوا بعقودكم، وصدق الإضافة

عرفاً بمجرد كونه مالكاً حين الإجازة من دون أن يكون العقد واقعاً في ماله مرتبطاً به من أول الأمر في غاية الإشكال، بل الظاهر أن مصحح الإجازة ليس إلا كونه مربوطاً به من حين صدوره، وهذا بخلاف المالك أخيراً، فإن العقد أجنبي عنه بالمرّة، وليس معلقاً بالهواء دائراً مدار الإجازة.

وأما بالنسبة إلى المالك حين العقد، فالعقد كان عقداً له من حين صدوره، غاية الأمر أن عدم صدق الإضافة، والاتّصاف بكونه عاقداً، لأجل عدم امضاءه العقد المتعلق به، فإذا أجاز به جاز، وهذا مضافاً إلى أن الشك في الإضافة يكفي في المدعى، حيث أن الأصل في المعاملات الفساد، وكذا قوله تعالى: «أحل الله البيع» إذا البيع عبارة عن الانتقالات الخاصّة المتحقّقة في الخارج، ومعلوم أن انتقال العين الخارجي من زيد إلى عمرو غير انتقالها من غيره إلى عمرو، فلو ملك الغير تلك العين لكان نقله منه محتاجاً إلى إنشاء جديد، وليس منافياً لما ذكرنا سابقاً في توجيه بيع الفضولي لنفسه، من عدم كون هذا القصد مضرّاً في صيرورته بيعاً للمالك، إذ ليس مفهوم العقد الواقع إلا إنشاء النّقل، وكونه من هذا أو ذاك خارج عن مفهوم العقد، ولا دخل له في تحقّق هذا المفهوم.

وتوضيح دفع التّنافي: أن البيع ليس إلا إنشاء النّقل وإيجاده في الخارج، نظير النّقل والانتقالات المتحقّقة المتأصّلة الخارجيّة، فتحقّقه يتوقّف على ثبوت ناقل ومنقول منه ومنقول إليه، وقولك (بعث هذا بذاك) لا يدلّ إلا على أن القائل أنشأ النّقل وأوقعه في الخارج، وجعل هذا الشيء في مكان ذاك وذاك في مكان هذا، ومعلوم أن المكانين خارجان عن مدلول هذا الكلام، إلا أنّه من مقومات ذلك الإنشاء بحيث لا يتشخّص إلا بهما، ولا معنى لإنشاء النّقل إلا اخراج كلٍّ من العوضين عن ملك مالكة وادخاله في ملك الآخر، من دون توقّف على قصد كونه خارجاً عن ملك هذا وداخلاً في ملك ذاك، لأنّ إنشاء النّقل مُعني عن هذا القصد، فالمنقول منه والمنقول إليه لا يكون إلا المالكين، سواء قصد كونه منهما أم لم يقصد، أم

قَصْد، عدمه، فقَصْدُه وقوعه لنفسه لغو غير مؤثّر في شيء لو لم يكن مالكا، إذ لم يخرج عن ملكه شيء حتى يتحقّق الثقل منه، فينقله بنقل ذلك المنقول مِنْ مِلْك مالكة إلى الآخر، وقَصْدُه وقوعه عن نفسه ليس إلّا بمنزلة قصد كون نقل الحجر عن الجدار نقلاً عن الأرض، ومعلوم أنّ القصد لا يُغيّر الشيء عما يقع عليه.

ومقتضى ما ذكرناه وإن كان تحقّق الثقل من المالكين فيما بين العوضين بمجرد انشاء الفضولي، من دون توقّف على إمضاء المالكين، إذ الشيء بعد وجوده لا يتوقّف في وجوده على شيء آخر، إلّا أنّ هذا الثقل ليس نقلاً حقيقةً خارجياً حتى يتحقّق حقيقته بفعل الناقل، بل هو أمرٌ اعتباريٌّ منتزَعٌ من الأحكام المجعولة في مواردّها والآثار الثابتة شرعاً، فنقل الفضولي غير مؤثّر بشيء إلّا بعد امضاء المالك إياه، وإذا أجازَه جاز.

فمحصل ما ذكرناه: أنّ بيع الفضولي عبارة عن إنشاء نقل العاقد كلاً من العوضين عن ملك مالكة حين العقد إلى الآخر، غاية الأمر أنّ امضاءه شرعاً موقوف على إجازة المالك، فلو انتقل أحدُ العوضين إلى ثالثٍ - سواء كان ذلك الثالث نفس الفضولي أو غيره - ونقله إلى الطرف الآخر عوضاً عن الم عوض الذي هو ملكه، ليس هذا هو النقل الأول، بل نقلٌ جديدٌ يتوقّف على إنشاءٍ جديد كما لا يخفى.

ولعلّ هذا الذي ذكرناه هو المدرك فيما لو ادّعينا من عدم صدق إضافة العقد إلى المالك حال الإجازة بمجرد الإجازة، إذا لم يكن مالكا حال العقد، فتدبّر فإنّ المقام لا يخلو من دقّة.

ثمّ إنّ الشيخ رحمه الله رجّح القول بصحّة الإجازة فيما نحن فيه، حيث قال في مكاسبه بعد نقل الأقوال في المسألة، فيما إذا باع الفضولي لنفسه، وهو القول بصحّة العقد مع إجازته بعدما صار مالكا، والقول بالصحّة مطلقاً من دون توقّف على الإجازة، والقول بالبطلان:

«الأقوى هو الأول، للأصل، والعمومات السليمة عما يرد عليها، ما عدا أمور لفقها مَنْ قارب عصرنا ممَّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في «الإيضاح» و«جامع المقاصد»<sup>(١)</sup>.

ثم ذكر الأمور وأجاب عنها، إلا أنه قوّى البطلان آخر كلامه في بعض موارد المسألة، مستنداً إلى بعض الأخبار التي ذكروها، من جملة تلك الأمور الواردة في النهي عن بيع ما ليس عنده، بعدما أجاب عنها أولاً بما ملخصه، على ما لحّظه قوله:

«والحاصل: أن دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك ممَّا لا مساغ لإنكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضاً ممَّا لا يقع فيها المناقشة في هذه المسألة.

إلا أنا نقول: إنَّ المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يُقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يُقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كان يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من ماله وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من ماله حين العقد، أو ممن يملكه بعد العقد، ولا يجب في القول بدلالة النهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغواً غير مؤثر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد، فإنَّ حاصله دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب، وبيان أنَّ مقصوده من الفعل المنهي عنه وهو

الملك والسُّلْطَنَةُ من الطَّرْفَيْنِ لا يترتَّب عليه، فهو غير مؤثِّر في مقصود المتبايعين، لا أنَّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم»<sup>(١)</sup>. انتهى خلاصة الجواب.

ثمَّ قال: «اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ إِنَّ عَدَمَ تَرْتَّبِ جَمِيعِ مَقَاصِدِ الْمُتَعَاقِدِينَ عَلَى عَقْدٍ بِمَجْرَدِ إِنْشَائِهِ، مَعَ وَقُوعِ مَدْلُولِ ذَلِكَ الْعَقْدِ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ مَقِيداً بِانْضِمَامِ بَعْضِ الْأُمُورِ الْآلِاحِقَةِ، كَالْقَبْضِ فِي الْهَبَةِ وَنَحْوِهَا، وَالْإِجَازَةِ فِي الْفُضُولِيِّ، لَا يَقْتَضِي النَّهْيَ عَنْهَا بِقَوْلٍ مُطْلَقٍ، إِذْ مَعْنَى صِحَّةِ الْعَقْدِ شَرْعاً أَنْ يَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ شَرْعاً الْمَدْلُولُ الْمَقْصُودُ مِنْ إِنْشَائِهِ وَلَوْ مَعَ شَرْطٍ لَاحِقٍ، وَعَدَمُ بِنَاءِ الْمُتَعَامِلِينَ عَلَى مَرَاعَاةِ ذَلِكَ الشَّرْطِ، لَا يُوجِبُ النَّهْيَ عَنْهُ إِلَّا مَقِيداً بِتَجَرُّدِهِ عَنْ لِحُوقِ ذَلِكَ الشَّرْطِ، فَقَصْدُهُمْ تَرْتَّبِ الْمَلِكِ الْمُنْجَزِ عَلَى الْبَيْعِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ، بِحَيْثُ يُسَلِّمُونَ الثَّمَنَ وَيُطَالِبُونَ الْمُبِيعَ لَا يُوجِبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ. فَالْإِنْصَافُ أَنَّ ظَاهِرَ النَّهْيِ فِي تِلْكَ الرِّوَايَاتِ هُوَ عَدَمُ وَقُوعِ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ لِلْبَايِعِ وَعَدَمُ تَرْتَّبِ أَثَرِ الْإِنْشَاءِ الْمَقْصُودِ مِنْهُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً حَتَّى مَعَ الْإِجَازَةِ. وَأَمَّا صِحَّتُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَالِكِ إِذَا أَجَازَ، فَلَأَنَّ النَّهْيَ رَاجِعٌ إِلَى وَقُوعِ الْبَيْعِ الْمَذْكُورِ لِلْبَايِعِ، فَلَا تَعَرُّضَ فِيهِ لِحَالِ الْمَالِكِ إِذَا جَازَ، فِيرْجِعُ فِيهِ إِلَى مَسْأَلَةِ الْفُضُولِيِّ»<sup>(٢)</sup> انتهى.

أقول: وفيما ذكره أخيراً تأمَّلْ، إذ بعد تسليم كون المقصود من البيع هذه الآثار

١ - كتاب المكاسب: ١٤٠ سطر ١.

٢ - وجه التعبير عن هذه الرواية بالتأييد لعلَّه لورودها في نكاح العبد، فلعلَّ فيه خصوصية من حيث كونه «لا يقدر على شيء»، «وهو كلُّ على مولاه» إن لم يجعل الشارع للفظه ما لم يقتزن برضا مولاه أثراً، فلأجل هذا الاحتمال يمكن الخدشة فيه بابتداء الفرق بينه وبين البيع.

ولكنَّه يظهر من سوق العبارة، خصوصاً بانضمامه إلى بعض العبارات الآتية التي يشير بها إلى الرواية لإثبات المطلوب، عدّها دليلاً مستقلاً برأسه، ولعلَّه لضعف الفارق المذكور كما لا يخفى على المتأمل (منه قدس سره).

المذكورة فالتهي ناظر إليها ونافٍ لها، فالقضية بالنسبة إلى غيرها من الآثار مهمة، ليس المقام مقام بيانها، نظير إجازة المالك، وعلى هذا لا يحتاج الكلام إلى تقييد أصلاً، لو كان صحيحاً في الواقع مع هذا الشرط، لانصراف المطلق إلى نفي الأثر المقصود من دون حاجة إلى التقييد فيكون التقييد لغواً، فتأمل.

ثم أيد ما استظهره من الأخبار من بطلان البيع المذكور وعدم صحة إجازة مَنْ مَلَكَ بعد العقد برواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه: قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «إِنِّي كُنْتُ رَجُلًا مَمْلُوكًا فَتَزَوَّجْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَايَ ثُمَّ أَعْتَقَنِي بَعْدَ، فَأَجَدُّ النِّكَاحَ؟ فَقَالَ: عَلِمُوا أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ؟

قلت: نعم، قد علموا فَسَكْتُوا وَلَمْ يَقُولُوا لِي شَيْئًا.

قال: ذلك إقرارٌ منهم، أنت على نكاحك» الخبر.

فإنها ظاهرة، بل صريحة في أَنَّ عِلَّةَ البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها، لم يَحْتَجْ إلى الإستفصال عن أَنَّ المولى سكت أم لا، للزوم العقد على كُلِّ حال»<sup>(١)</sup> انتهى كلامه.

والالتزام بكون الإجازة عقداً جديداً، فلا تدلُّ الرواية إلا على عدم مضيِّ العقد الأوّل لولا إقرارهم، فينفى بها قول من قال بعدم احتياجه إلى الإجازة، بل يلزم العقد بمجرد مالكيته لنفسه على فرض وجود القائل في النكاح أيضاً كالبيع، خلاف الإنصاف لعدم كونها عقداً جديداً حقيقة، مع أَنَّهُ خلاف المتبادر منه.

ويمكن المناقشة فيه: بإمكان كون استفصال الإمام عليه السلام لأجل استفسار أئمتهم لو عَلِمُوا هل ردّوا العقد أم أقرّوا، وكان مراده عليه السلام بيان حكم مسألة على كلِّ تقدير بأنهم لوردّوا لكان محتاجاً إلى عقدٍ مستأنفٍ، ولو أقرّوا لكان العقد الماضي نافذاً،

ولو لم يعلموا لكان العقد صحيحاً بإجازته أو مطلقاً على فرض صحته كذلك واقعاً. اللهم إلا أن يقال: إنَّ سؤال الرّاوي إنّما هو بعد علمه بأنَّ إجازة المولى مصحّحة للعقد، وأنَّ ردّه مفسدٌ له، فسؤاله إنّما يكون عن حكم الواقعة ما لم يصدر عنهم إذن ولا ردّ. والدليل على ذلك إشعار صدر الرواية حين قال «تزوجت بغير إذن مولاي» وظاهر هذا السؤال أن منشأ تردّده الموجب للسؤال كونه بهذه الصّفة، لا لأجل صيرورته حرّاً بعدما كان رقاً، واقدامه على هذا العقد من أوّل الأمر كاشف عن علمه بتأثير الإجازة اللاحقة، وكونها كالإذن السابق.

وأظهر من ذلك قرينة على هذه الدّعوى، قول الإمام عليه السلام أخيراً بأنَّ «ذلك إقرار منهم» لظهوره في أنَّ كون الإقرار مُنفذاً للعقد أمرٌ مُسلم عندهم، مركزٌ في أذهانهم. ومعلوم أنَّ من يعلم بأنَّ الإقرار اللاحق مؤثّر، يعلم بأنَّ الردّ منهم أيضاً مؤثّر، فسؤاله عن حكم العقد الذي لم يتعلّق عليه الردّ والإمضاء، زعماً منه أنَّ السكوت ليس إقراراً، فنّبّه الإمام عليه السلام بأنَّ السكوت إقرار، فاستفصال الإمام عليه السلام إنّما يكون بعد الفراغ عن حكم الردّ والإمضاء، فذلك - حينئذٍ - لأجل بيان أنّهم لو لم يعلموا لكان محتاجاً إلى عقد جديد، فتدبّر.

هذا، ولكن مقتضى الإنصاف عدم نهوض هذه الأخبار الخاصّة مدركاً للحكم بعدم الصّحة، لو التزمنا بشمول العمومات لما نحن فيه، ولكنه لو قلنا بذلك لوجب الاقتصار بالحكم بالبطالان على مورد الرّوايات، كما صرّح به الشيخ عليه السلام، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقّب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، ولا ينافي ذلك ما ذكره الشيخ عليه السلام أولاً من أنَّ التّهي المطلق يقتضي الفساد مطلقاً، لأنّا نحكم في مورد الرّوايات بالفساد للبائع مطلقاً أجاز أم لم يجز، وكونه كذلك غير مقتضى لشموله جميع صور المسألة.

فالكلام الأوّل ناظرٌ إلى تعيين المراد من التّهي، والثاني إلى تشخيص مصداقه، فتنبّصر.



## [ثيما لو باع معتقداً غير جائز التصرف]

مسألة: لو باع معتقداً بكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف.<sup>(١)</sup>  
وجواز التصرف المنكشف، أما لأجل كونه ولياً، أو لأجل كونه مالكاً، وعلى كلٍّ منهما، فأمّا أن يبيع عن المالك، أو عن نفسه، فالصّور أربع:  
إحداها: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع.  
الثانية: أن يبيع لنفسه فينكشف كونه ولياً.  
الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً.  
الرابعة: أن يبيع لنفسه بزعم كونه مال غير فتبين كونه ملكاً لنفسه.  
والظاهر صحّة العقد في الجميع، أمّا في غير الصّورة الثانية فوجهه واضح.  
وأما فيها، فلما عرفت مراراً من لغويّة قصد كونه لنفسه فيقع العقد للمولّى عليه، والوقوف على الإجازة في الكلّ، لأنّ مقتضى أدلة الطّيب اعتبار رضا المالك في نقل ماله، وكذا الولي في نقل مال المولّى عليه، ومن المعلوم في الصّورتين الأخيرتين [أنّه] لم يرض المالك بنقل مال نفسه من حيث كونه مالاً له، بل رضي بنقل مال الغير، فلعلّه لو كان عالماً بكونه ملكاً له لم يتحقّق منه رضا بالنقل أصلاً، اذ

ربما يتسامح في مال الغير بما لا يتسامح في مال نفسه، خصوصاً إذا باعه لنفسه، وكان غرضه تحصيل ثمن مجّاناً، وهذا لا ينافي ما ذكرنا سابقاً من توقّف تحقق قصد المعاوضة على ادّعاء المالكية، والبناء على كونه مالكاً، لأنّ الغرض أنّ البائع حينئذٍ يعتقد كونه غاصباً، وأنّ المبيع هو العين المغصوبة وليس ملكاً له، فيعتقد أنّ ما يأخذ من الثمن ليس في مقابل ماله حقيقةً، وذلك مثل العين المسروقة حيث يبيعها السارق زعماً منه أنّه غاصبٌ وأنّ مالكته ادعائية، فلا يهتم في الأمر، ولو علم كونه في الواقع ملكاً له ربما يكون اهتمامه أكد، بل كثيراً ما لا يرضى بأصل الثقل أيضاً.

وبالجملة: فالمعتبر أنّما هو رضا المالك بنقل المال عن نفسه، وهذا المعنى المقيد لا يتحقق إلّا بعد العلم بكونه مالكاً، ولا يكفي رضائه بمطلق النقل، وإلّا لجاز الأكل فيما لو اذن المالك به زعماً منه كونه مال غير، وقد علم الآكل اعتقاده وأنّه لو علم بكونه له لكان كارهاً، وكذا لو طلق امرأة بزعم كونها أجنبية وكانت في الواقع امرأته، والبدية تشهد بعدم وقوع الطلاق، وكذا بجرمة الأكل، هذا حكم الصورتين الأخيرتين.

وأما الأوليتان: فوجه وقوفهما على الإجازة، فلاّنه بعد تنزيل الشارع الولي منزلة المالك يعتبر فيه ما يعتبر في المالك، فالمعتبر حينئذٍ رضا الولي بنقل مال المولى عليه. ومن المعلوم أنّه لم يحصل الرضا في الصورتين بنقل مال المولى عليه، بل قصّد نقل مال من زعمه أنّه أجنبيّ عنه لجهله بكون هذا الشخص هو المولى عليه، فن باع عن شخصٍ بظن كونه أجنبياً فتبيّن كونه ابنه، لم يرض بنقل المال عنّ يكون ولياً عنه، ولا عن المولى عنه من حيث كونه كذلك.

مع أنّه يُمكن أن يقال: في الصورة الثانية إنّ قصد وقوعه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فوقعه للمولى عليه وتأثيره له يقف على إجازته. وبالجملة: بعد فرض كون الولي بمنزلة المالك بحكم الشارع، لا وجه للتفكيك بين الجهل بكونه لنفسه وبين الجهل بكونه للمولى عليه. فما ذكره الشيخ رحمه الله من اللزوم

في الصورة الأولى، والوقوف على الإجازة فيما عداها مع تأمل في الثانية لا يخلو عن تأمل.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ المستفاد من الأدلة الشرعية إنما هو اعتبار رضا الوليِّ بنقل مال المولى عليه من دون توقُّفه على اعتبار شيء، وهذا المعنى حاصل فيما نحن فيه، لأنَّ الوليَّ راضٍ بنقل مال المولى عليه.

غاية الأمر، أنَّ الولاية مجهولة وليست مُنزَّلة له منزلة المالك حتَّى يقيده أدلة الطَّيب، فيكون بمنزلة مال نفسه، ويكون مالاً له حكماً.

هذا، ولكنَّ الظَّاهر أنَّ الظَّاهر هو التَّنزيل لا مجرد الاذن في التصرف<sup>(١)</sup>، فافهم.



١ - الظَّاهر أنَّه لو جهل أصل الولاية كأن لا يعلم أنَّ الأب وليٌّ عن الطِّفل فباع عنه، ليس من المفروض في هذه المسألة، بل هذه ممحضة لحكم ما لو باع عن الأجنبيِّ مثلاً فتبيَّن كونه ابنه أو مأذوناً منه وغير ذلك ممَّا يشبهه. وأمَّا الالتزام بالوقوف على الإجازة في الفرض الأوَّل فلا يخلو عن صعوبة، فافهم (منه رحمه الله).

## مسألة في أحكام الردّ

قال الشيخ رحمه الله في مكاسبه :

« لا يتحقّق الردّ قولاً إلاّ بقوله «فَسَخْتُ» و«رَدَدْتُ» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الردّ، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل، وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلّ فعلٍ مُخْرِجٍ له عن ملكه بالثقل أو بالإنّلاف وشبههما، كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك.

والوجه في ذلك: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مَقوّتٌ لمحلّ الإجازة، لفرض خروجه عن ملكه.

وأما التصرف الغير المُخْرِج عن الملك، كاستيلاء الجارية، وإجارة الدّار، وتزويج الأمة، فهو وإن لم يُخْرِج الملك عن قابليّة وقوع الإجازة عليه، إلاّ أنّه مُخْرِجٌ له عن قابليّة وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ صحّة الإجازة على هذا النّحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحةً منعت عن وقوع الإجازة»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا الحكم على إطلاقه، أعني كون الأفعال المذكورة ومثلها مُخرجةً للعقد عن صلاحية لحق الإجازة، قد يترأى كونه منافياً لما جعلوه ثمرة بين القول بالكشف والتقل، حيث أن تلف المبيع غير موجب لخروج العقد عن صلاحية لحق الإجازة، بناءً على الأول، وللرواية التي دلت على عدم بطلان عقد النكاح بمجرد موت أحد الصّغيرين، إذ الظاهر هو عدم الفرق بين التلف والإتلاف، فمقتضى القاعدة الحكم أمّا بطلان العقد الثاني - حيث أن الإجازة تكشف عن وقوعه في ملك الغير - وأمّا بصحته والحكم بوجوب دفع المثل أو القيمة إلى المشتري الأول، جمعاً بين الحقيين؟

وحيث لا سبيل إلى الالتزام بالاحتمال الأول - لكون العقد الثاني عقداً صادراً عن أهله في محله، ضرورة عدم خروج المثل عن تحت سلطنته بمجرد صدور عقدٍ عن شخص أجنبي لا ربط به أصلاً، فلا مانع من توجه الأمر بالوفاء بالنسبة إلى العقد الثاني، ولا شبهة في صحته بحكم العقل - يتعين الاحتمال الثاني أعني وجوب دفع المثل أو القيمة.

هذا، ولكن التأمل الصادق يقضي بثبوت الفرق بين إتلاف المالك، بإيجاده الفعل المنافي لتأثير العقد على مقتضاه الأول كالأمتلة المذكورة، وبين التلف السّماوي الحاصل بسبب صادر عن غير المالك.

بيانه: أن مدرك الالتزام بصحة عقد الفضولي هو أنه عقدٌ صادرٌ عن شخصٍ جامع للشرائط المعتمدة في العقد، واقعٌ في محلٍّ قابلٍ بحيث لا مانع عن تأثيره التام إلا عدم طيب نفس المالك، فتى حصل الطيب يؤثر السبب التام أثره، ومن المعلوم أن من تمام السبب بقاء المحل على قابلية التأثير، وتمكن المالك شرعاً من امضاء العقد السابق وهذا المعنى منقّي فيما نحن فيه - إذ بعد إيجاده المنافي لهذا العقد، وكان ذلك الفعل المنافي ممضياً في نظر الشارع، كما هو المفروض - غير متمكّن من جعل العقد السابق بسبب امضائه مؤثراً على وفق مقتضاه، لأن من آثار صحته ونفوذه بطلان

العقد الثاني، وكون الإلتافات الصادرة منه مضمناً. والمفروض أن الشارع أوجب الوفاء به، وحكم بعدم تضمين الشخص باتلاف مال نفسه، فبعد وقوع هذه المنافيات منه غير قادرٍ على إمضائه العقد السابق وتُصيرهُ مؤثراً، وهذا بخلاف التلّف السماوي إذ لا مانع من إمضاء العقد وجعله مؤثراً على وفق مقتضاه، لأنّ التلّف السماوي ليس منافياً لحصول النقل من زمان العقد، إذ لا تنافي بين حصول النقل من حين صدور العقد وتلفه بعد ذلك، كما أنّه لا تنافي بين إتلاف الغير مع حصول النقل، لعدم كونه ممضًى في نظر الشارع حتّى ينافيه، بل يُضمّنه حينئذٍ بالمثل أو القيمة.

والحاصل: أن التصرفات الصادرة منه لما كانت ممضاةً عند الشارع غير مضمّنة له، لا يعقل بعد تحقّقها امضاء العقد الأوّل وانفاذه، لادائه إلى الجمع بين الضدين، وليس الشأن في التلّف كذلك.

إن قلت: إنّ ما ذكرت من صحّة العقد الثاني، إنّما يتفرّع على اعتبار المالكية حين الإجارة، وهذا مع أنّه ينتقض بصورة التلّف، خلاف التحقيق<sup>(١)</sup>، بل المعتبر إنّما

١ - قولنا: «إنّ اعتبار الملكية حين الإجارة خلاف التحقيق».

وجهه: عدم المناسبة بين اعتبارها في هذا الزمان، وبين صحّة التصرف المتحقّق سابقاً، وليس المسألة تعبدية حتّى يقال باعتبارها لأجل التعبد، وأنما المناسب هو اعتبار الملكية حين التصرف، فإذا تصرف المتصرف تصرفاً غير مقارنٍ بطيب نفس المالك حال التصرف، يقف نفوذه على امضاء هذا المالك، وإذا تحقّق الرضا منه في أيّ زمانٍ - ولو لم يكن مالكاً - ينفذ هذا التصرف.

ومن البين أنّه لا ربط في الملكية المتأخّرة لصحّة هذا التصرف ونفوذه. نعم لو قلنا بكون الإجارة ناقلة يتم اعتبارها حال الإجارة، لأنّ النقل حقيقة يحصل في هذا الزمان. وأما بناءً على الكشف فلا حاجة إليها أصلاً كما لا يخفى، فقولنا إنّ الإجارة من أحكام الملكية وآثارها، وأنما الحكم للمالك فله أن يجيز وأن يردّ، نعني به أن كلّ من وقع التصرف في ملكه مختاراً في امضاء التصرف، ورده، لا أنّه لا بدّ أن يكون مالكاً في حال الإمضاء والردّ أيضاً فهما من أحكام المالكية حال التصرف، لا من آثار مطلق المالكية، فلا يتحقّق شيء منهما إلّا إذا صدر من المالك، فافهم.

هو الملكية حال الثقل لا حال الإجازة. وحينئذٍ فيشكل الأمر، لأن مقتضى ذلك صحة العقد الأوّل وفساد العقد الثاني، لكشف الإجازة عن وقوعه في ملك الغير، فما ذكر من كون العقد الثاني لازم الوفاء، وكون التصرفات الصادرة منه غير مضمّنة أوّل الكلام، إذ لا يجب الوفاء بالعقد المتعلّق بملك الغير، كما أنّ التصرف فيه مضمّن البتّة، إذ عدم وجوب الوفاء وكون التصرف مضمّناً من آثار ملك الغير الذي يُستكشف بالإجازة الصحيحة الواجدة لشرطها، إذ المفروض أنّ شرط صحتها هو الملكية حال الثقل وهي حاصلة، فلا مانع من تأثيره، ويتفرّع عليه بطلان العقد الثاني كما لا يخفى.

قلت: قد ظهر ممّا مرّ اندفاع هذه الشبهة بما لا مزيد عليه.

وتوضيحه: أنّك قد عرفت أنّ بديهية العقل تحكم بنفوذ تصرفات المالك في ملكه بعد عقد الفضولي ما لم يحزه، ولا يوجب ذلك صيرورة ملكه مترزلاً غير قادر على التصرف فيه، فمتى عقد عليه يجب عليه الوفاء بعقده، ومن آثار لزوم الوفاء بذلك العقد الصادر من نفسه، عدم نفوذ إجازته، وكونها مؤثرة في الثقل السابق، وعلى فرض صحتها منافية لذلك العقد، ففني صحة الإجازة لأجل وجوب الوفاء بعقد نفسه، لا لاعتبار الملكية حين الإجازة، فافهم.

ويمكن أن يُقرّر الدليل بوجه آخر وهو أن يقال: إنّ العقد الصادر عن المالك لما كان سبباً تامّاً في خروج الملك، لعدم قصور توجه الأمر بالوفاء بالنسبة إليه، فلا يبقى المحلّ قابلاً لتأثير العقد الأوّل فيه، وتعلّق الأمر بالوفاء بعد إجازته، إذ من المعلوم عدم تأثير إجازة غير المالك في انتقال ملكه إلى غيره.

ولا يخفى عليك أنّ عدم جواز تأثير الإجازة على هذا الفرض، مع قطع النظر عن استحالة تأخر الشرط عن السبب، بحيث لو جاز - كما هو المفروض على القول بالكشف - لحكمنا بطلان العقد أيضاً كذلك.

وبيان أوفى: أنّ الأمر بالوفاء إنّما يتوجّه على من له شأنيّة الوفاء، وإذا خرج

المال عن ملكه لا يتمكّن عن الوفاء بذلك العقد، ودفع البدل ليس وفاءً بذلك العقد، فلا يقدر على الوفاء بذلك العقد أصلاً، والالتزام بكونه هو المقدار الممكن من الوفاء. إنّما يصحّ بعد إحراز توجّه الأمر، وعدم المحيص منه، وهو هنا أوّل الكلام. هذا، ولا يخفى أنّ هذا التّقرير لا يخلو عن تأمّل، لأنّ مقتضاه عدم الفرق بين التّلف والإتلاف، كما يظهر بالتأمل. فالتحقيق ما ذكرنا سابقاً من أنّ شرط تأثير الإجازة صلاحية الأول للتأثير من حين صدوره، وهذا المعنى يتحقّق في كلّ موردٍ لا يشغله حكم آخر منافٍ للوفاء بذلك العقد ممضًى في نظر الشارع، وبهذا يتحقّق الفرق بين التّلف السّماوي، حيث لا حكم له منافٍ لتأثير العقد الأوّل، وبين الإتلاف والنّقل كما مرّ مراراً، فافهم.

هذا تمام الكلام فيما لو تصرّف في متعلّق العقد الأوّل أعني نفس المبيع. واما لو تصرّف في نمائه ومنافعه بالإتلاف أو نقلها بعقد لازم ففيه وجوه: أحدها: بطلان العقد السّابق وصيرورته لغواً، لأنّ هذه التصرفات وإن لم تكن مُخرِجةً للملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلّا أنّها مُخرِجةٌ له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ صحّة الإجازة على هذا التّحو توجب وقوع هذه التصرفات باطلة. وقد عرفت فيما سبق أنّه لا وجه للالتزام ببطلان هذه التصرفات، فاذا فرض وقوعها صحيحةً منعت عن وقوع الإجازة، لأنّ جوازها مؤدّ إلى اجتماع الضدّين كما مرّ تقرّيبه.

ثانيها: صحّة كلا العقدين والرّجوع إلى بدل التّألف من المثل أو القيمة، إذ لا مانع عن صحّة الإجازة مع فرض صحّة الثاني، حيث أنّ المحلّ باقٍ قابل للنّقل، ولا قصور فيه إلّا تفويت بعض منافعه وهو يُجبرُ بالتّغريم جمعاً بين الحقيّن.

وليس هذا كالصورة الأولى مناقضاً لأصل النّقل كما لا يخفى، ولكن هذا الوجه لا يخلو عن ضعفٍ يظهر وجهه من التأمل فيما مرّ.

ثالثها: صحّة العقد الثاني والإجازة من دون رجوع المشتري الأوّل إلى



البذل، حيثُ أنه تلف في يد من لا يُضمن بتلفه. وأمّا صحّة الإجازة فلاجل بقاء محلّها على قابليّة النّقل، غاية الأمر، أنه قد انسلخت عنه بعض منافعه، وبذلك لا يخرج العين عن قابليّة النّقل. غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري الأوّل لأجل الخسران الوارد عليه من طرف المبيع، فيجبرُ ذلك الضّرر بالخيار.

وأمّا احتمال صحّة الإجازة وبطلان العقد الثاني لكونه متفرّعاً على صحّة العقد الأوّل الذي لا مانع من صحّته لبقاء محله.

مدفوعٌ، بما تقدّم من أنّ المحلّ الباقي القابل لوقوع الإجازة عليه ليس إلّا نقل الملك المسلوب المنافع في هذه القطعة من الزّمان، واجازته بهذا النّحو غير منافية للعقد الثاني.

وأمّا إجازة نقل الملك الواجد لهذه المنفعة الخاصّة، فهي منافية للزوم الوفاء بذلك العقد الثاني المفروض فيه وجوب الوفاء، وإذا كانت منافيةً فلا يؤثّر في صحّة العقد الأوّل حتّى يترتب عليه فساد العقد الثاني، كما عرفت مراراً.



مسألة: لو لم يجوز المالك فان كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقاءه، ومع التّلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمة يوم التّلف، أو بأعلى القيم من يوم وقع في يده إلى زمان التّلف، على الخلاف في المسألة.

ولو كان قبل ذلك في ضمان الآخر، وفُرض زيادة القيمة عنده، ثمّ نقصت قيمته حال انتقاله إلى الآخر، إختصّ السابق بالرجوع إلى الزيادة، وله مطالبة أيّهما شاء حينئذٍ فيما عدا الزيادة، كما سنوضحه إن شاء الله في الأيدي المتعاقبة.

هذا حكم المالك مع المشتري بأنّ له انتزاع العين أو تضمينه بها.

وأما حكم المشتري مع البائع الفضولي:

فتارة: يتكلم في الثمن.

وأخرى: فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن.

أما الكلام في المقام الأول:

فلا شبهة في أنّه يرجع على البائع بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً، سواء كان الثمن باقياً أو تالفاً، ولا يضرّه اعترافه حال الترافع بكون البائع مالكا، حيث

أنّ اعترافه مبنيٌّ على ظاهر يده، وبعد إثبات الثالث ملكيته بالبيّنة - مثلاً - يزول مبنيّ الاعتراف، إذ اليد لا تعارض البيّنة.

نعم، لو اعترف له على وجه علم عدم استناده إلى اليد، كأن قال بعدما أقام الثالث بيّنته أنّها كاذبة في الشهادة، أو اعترف من أوّل الأمر بأنّي عالمٌ أنّ البائع ورثه من أبيه مثلاً، فلا يرجع عليه بشيء، لأنّه اعترف بأنّ الثالث أخذه من غير استحقاقٍ فهو ظالم له بمقتضى إقراره، وليس له حينئذٍ إلزامٌ من اعترف بملكيته بالتّضمين كما لا يخفى.

ولو لم يعلم استناده إلى ظاهر اليد، أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد، أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته على الواقع وجهان.

وإنّ كان المشتري عالماً بالفضوليّة، فإنّ كان الثمن باقياً استردّه، إذ لم يحصل منه سببٌ شرعيّ يوجب انتقال ماله عنه، فلا يجوز للبائع التّصرف فيه، لكونه أكلاً للمال بالباطل، هذا إذا كان الثمن باقياً.

وأما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل حُكي الاتفاق عليه من غير واحد.

ووجهه: أنّه سلّطه على إتلاف ماله من غير تضمينٍ، فليس اتلافه له مُضَمَّناً، لأنّ مدرك الضّمان، أمّا عموم «على اليد»، وأمّا قاعدة الإقدام - على الخلاف فيه كما عرفت فيما سبق - وكلاهما غير ناهضٍ لإثبات الضّمان في المقام، لأنّ الأوّل مخصّصٌ بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك لحفظه، أو انتفاع به أو استيفاء المنفعة منه، لأنّ الدّفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضّمان فالتّسليط على التصرّف فيه واتلافه له ممّا لا يوجب الضّمان بطريق أولى.

ودعوى: أنّه إنّما سلّطه بازاء العين المغصوبة، فلا يكون مجّاناً حتّى لا يُضمّنه بشيء، ضرورة عدم طيب نفسه بالتصرّف فيه لو لم يحصل العين بيده ولو عدواناً. مدفوعة: بأنّ المشتري بعد علمه بالغصبيّة سلّطه عليه بازاء ملك الغير، فهو في

الحقيقة لم يُضمَّنه شيئاً من كيسه، بل سلَّطه على اتلافه مجَّاناً، بحيث لا يخرج من كيسه شيء، إذ قصد صيرورة مال الغير ملكاً له بازاء هذا التسليط، لا يثمر في التضمين بعد علمه بعدم خروج شيء من كيسه، فهو في الحقيقة أعطاه الثمن على أن يتصرف فيه كيف شاء من دون أن يجعل بازائه شيئاً من مال نفسه، فتغريمه من مال نفسه بعد التلّف مخالف لما بنوا عليه.

ومما ذكرنا ظهر فساد التمسك بدليل الإقدام، لأنَّ البائع لم يُقدِّم على ضمان الثمن إلا بما يعلم المشتري أنه ليس ملكاً له، وأنه لا يضمن به.

إن قلت: إن قوام المبادلة بتضمين كل من المتبادلين ما في يده لا عما في يد الآخر، وتخسيره له بمجاء الآخر، والمفروض ثبوت قصدهما لها فيما نحن فيه - كما بينا فيما سبق - تصحيحاً لبيع الغاصب بعد إجازة المالك بدعوى ملكيته، فالمشتري بان على أنه مالك ولو عدواناً، ثم يجعل مال نفسه بدلاً عن ماله الذي في يده، فهو إنما سلَّطه على ماله بازاء مال الغاصب مُعريضاً عن حكم الشارع بعدم ماله كونه له، فاعطاء الثمن بعد ذلك إنما هو للجري على المعاملة، والوفاء بها، فالتسليط ليس مجَّاناً، وتضمينه البائع بازاء الثمن حقيقي إلا أن كونه الثمن ملكاً له ادَّعائي.

قلت: المبادلة إنما تتحقّق بين المالكين، فحقيقة التضمين لا يكون بين المالكين بعد علمه بكون المبيع لغير البائع، لأنَّ الضمان كونه الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، فدفع الثمن إلى الفضولي بعنوان البدلية عن ملك الغير، مع علمه بالحال، لا يكون إلا ترخيصه في الإتلاف من دون أن يغرم من كيسه لذلك شيء، والبناء على كونه مالكا لا يثمر، إلا في مكان وقوع قصد المبادلة دون التضمين، إذ مع علمه بالحال يعلم أنه لا يتخسّر من كيسه شيء، ومع ذلك يدفع الثمن إليه.

وبما ذكرنا يتّجه الفرق بين ما نحن فيه، وبين ما لو جهل المشتري بالحال، حيث لا يدفع الثمن إليه مجَّاناً، بل دفعه إليه بازاء هذا الشيء الذي اعتقد أنه ملك للبائع. غاية الأمر، أنه أخطأ في اعتقاده، فهذا غير موجب لطيب نفسه باتلاف ماله

مَجَانًّا، نعم لما لم يكن المبيع ملكاً للبائع يخرج العين الخاص عن كونها مضموناً بها، فهذا موجب لعدم تحقق الضمان الخاص الذي أقدم عليه، بحيث يكون خسارة هذا الشيء الخاص على البائع، وهذا لا يقتضي نفي أصل الضمان الثابت بالأدلة، مثل عموم على اليد وغير ذلك.

وقد يُتوهم: في صورة علم المشتري بالحال، كون مبادلته من قبيل تعدّد المطلوب، بمعنى أن دفعه المال على أن لا يكون مَجَانًّا وأن يكون بحذائه شيء، وبعد البناء على مالكيته للعين المغصوبة استوفائها بدلاً عن ماله، فذلك من قبيل تعيين الكلي في الفرد الخاص.

ولكنه يندفع: بالتأمل في المعاملات الواردة على أموال الناس بين السراق والظلمة، حيث أنها ليست في الحقيقة إلا بذل المال بدلاً عن نفس العين المسروقة، لا أن قصده التضمن أولاً ثم الإنطباق، بل هو أمرٌ بسيطٌ عبارة عن تبديل الثمن بهذا الشيء، ثم يدفعه إلى غير مستحقّه بأن يتصرّف فيه كيف يشاء.

هذا تمام الكلام في تشخيص الصّغرى وملخصه: أن دفع الثمن إلى البائع تسليطه على اتلافه، من دون أن يخرج من كيسه بازائه شيء، حال كون المشتري عالماً بالغصيبة.

وأما التكلّم في الكبرى أعني، نفي الضمان حينئذٍ، وإن أشرنا إلى دليله في الجملة، إلا أن كشف القناع عنه يحتاج إلى مزيد توضيح:

فنقول: ويمكن أن يُستدلّ على ذلك - مع الغضّ عن الشهرة المحقّقة، والإجماعات المحكيّة المستفيضة في المقام، وفحوى ما دلّ على نفي الضمان في صورة الإstimان - بعموم سلطنة الناس على أموالهم، لأنّ عدم نفوذ اذنه في نفي الضمان منافٍ لسلطنته المطلقة، حيث لا يكون مسلطاً على التصرف فيه بهذا النحو، ونهي الشارع عن هذا التصرف كحرمة البيع المحلوف على تركه وغيره من التصرفات المحرّمة غير منافٍ لنفوذ اذنه من هذه الجهة، فدفع الثمن بازاء مال الغير وإن كان محرّماً شرعياً،

إلا أنه غير مضمّن لعموم السلطنة، فافهم<sup>(١)</sup>.

وكذا يمكن الاستدلال بـ «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه» لنفي الضمان بالتقريب المتقدم في مبحث المعاطات بأن يقال: إنه ليس ممحّضاً لبيان الحكم التكليفي، بل هو مسوق لبيان أن مال الغير لا يُمضي ولا يتجاوز عنه لغير المالك، بحيث لا يؤخذ بشيء، إلا إذا قارنه طيب نفس المالك، بمعنى أنه ملتزم به، وهو في عهده حتى يحصل الطيب، وإذا حصل الطيب فقد خرج عن عهده، وبرئت ذمته. وقد ذكرنا لتوضيح هذا المعنى شواهد، ومن أراد الإطلاع عليها فليراجع.

هذا، ولعمري إنّا وإن أطلنا الكلام في هذا المقام، وبذلنا الجِدَّ كلَّ الجِدِّ في تصحيح المسألة على مذاق المشهور، إلا أن الإنصاف أن الالتزام به وإتمامها على وفق القواعد في غاية الإشكال، بل لا يكاد يُمكن - ولا سيما في صورة الإتلاف - لعدم نهوض الفحوى المذكورة في هذه المسألة - لو سلّم تماميتها في صورة التّلف - حيث أن عدم الضمان في الاستيانات إنما هو في صورة التّلف دون الإتلاف، مع أنه لو تمت هذه الأدلة للزم الحكم بعدم ضمان المرتشي لو تلف المال في يده أو أتلفه، مع أن بعضهم صرّحوا بالضمان فيه في صورة التّلف، فضلاً عن الإتلاف، وكذا الحكم في «آجرتك بلا أجرة»، و«بتك بلا ثمن»، مع أن الظاهر أن المشهور يحكمون فيها بالضمان، وإن استشكل الشهيد<sup>(٢)</sup> فيه كما ذكرنا فيما سبق. هذا كله مع أنها مخالفة للقاعدة المسلّمة من أن كلّ عقدٍ يضمنُ بصحيحه يضمنُ بفاسده، فإن هذه القضية مع أنها بحسب الظاهر ممّا لا خلاف فيها، بل إدّعي الإجماع عليها، ممّا يساعد عليها البرهان، وإن أمكن الحُدْثَة في بعض موارد عكسها كما حقّقنا سابقاً. فحينئذٍ نقول

١ - لا يخفى أن التمسك بعموم (الناس مسلّطون) لنفي الضمان فيما نحن فيه لا يخلو عن تأملٍ لأنّ ثبوت الضمان ونفيه من جملة الأحكام الشرعية، وقد قدرنا فيما سبق من أن دليل السلطنة لا يثبت به الاجواز التصرف وأما الأحكام اللاحقة للتعرف فليس هذه الأدلة ناظراً إليها. فافهم (منه قدس سره).

إنَّه إنَّ تَمَّ الإجماع على المسألة فهو، وبه يُخصَّص القاعدة، وقد قرَّرنَا في محلِّه أنَّها قابلة للتخصيص بحيث لا ينافي الإجماع.

وكيف كان، فلا إشكال في رفع اليد عنها على فرض تحقق الإجماع، وإلاَّ فالأقوى فيها الضمان.

وما ذكرنا في وجه المنع من أنَّه سلَّطه على اتلافه، ففيه: أنه ليس بإباحة في التصرف وإنَّ توهمها بعض، بل جرى على العقد الفاسد، والالتزام بمؤداه وأنَّ دفع الثمن إليه من باب الوفاء بهذا العقد، والإعراض عن حكمه الشرعي، فلم يصدر منه إلاَّ التملك بعنوان الوفاء، وأمَّا تجويزه تصرف البائع في الثمن فليس إلاَّ لأجل البناء على أنَّه ملَّكه بحيث يكون ذلك من آثار الملكية. والمفروض أنَّه لم يمتص الشارع هذا التملك فلا يتفرع أحكام الملكية من نفوذ تصرفاته، فالتصرفات اللاحقة ليست مسببة عن طيب نفسه بل مسببة عن الالتزام بذلك العقد الفاسد، فالطيب منتفٍ في المقام، بل بنى المالك على أنَّ المال أجنبيُّ عنه، وأنَّه أزال علقته عنه بحيث لا دخل به، ولا يؤثر في صحَّة التصرف فيه اذنه، مع أنَّ الشارع لم يرض بهذا العقد ولم يُضِضْ، بل ألقاه على ملك المشتري، والمشتري مع بقاء علقته ليس له طيب النفس بالتصرفات، فمقتضاه ثبوت الضمان.

وإنَّ شئتَ مزيد توضيح، فافرض كون التصرف مخالفاً لميل المشتري، بحيث لا يمتنع به أصلاً، وإِنَّمَا الرادع عن منعه بنائه على كونه ملكاً له، والالتزام بآثاره، فالرادع عن منعه هو الالتزام بالآثار، وبنائه على عدم كونه ملكاً له، بل كثيراً ما يكون نادماً بالنسبة إلى أصل المعاملة أيضاً، ولكنه لا يريد نقض العهد، فلا ينهيه عن التصرف.

وأوضح من ذلك في ثبوت الضمان، علم البائع بعدم طيب نفسه بالتصرف، إلاَّ أنَّه يتصرف لأجل البناء على الملكية، ولا يُزاحمه المشتري أيضاً لأجل هذا البناء. ولا يتوهم: خروج هذا القسم من محلِّ كلمات العلماء، بل لا يخفى أنَّ هذا هو

القدر المتيقن من محلّ كلماتهم، إذ لو فرضنا تحقق طيب النفس منه على أيّ تقدير، بأن يكون راضياً بتصرّفه، ولو لم يكن مالكاً، بل كان ملكاً للمشتري، فَعَدَم الضّمان ليس لأجل التّسليط المتحقّق في ضمن المعاملة الفاسدة، بل هذا التّسليط بالنّسبة إلى الطّيب الخارجيّ المقارن كالحجّر الموضوع في جنب الإنسان، فَعَدَم الضّمان مستندٌ إليه لا إلى الطّيب، ولعلّه لأجل ما ذكرنا استشكل بعضٌ في نفي الضّمان في الهبة الفاسدة.

وكيف كان، فلا ريب ولا تأمل في ورود الإشكال بنفي الضّمان فيما نحن فيه في صورة الإتلاف، ولكنه يمكن الالتزام به في صورة التّلف، لفحوى ما دلّ على نفي الضّمان في الاستيانات، وإن أمكن المناقشة في الفحوى أيضاً، كما سنبين إن شاء الله تعالى.

وتقريب الاستدلال بالفحوى: يظهر ممّا ذكرنا في نفي الضّمان في الهبة الفاسدة. توضيحه: أنّ المستفاد من الأدلّة الدالّة على نفي الضّمان عن الأمين، أنّ وضع العين في يد الغير وتفويضها إليه، وتسليطه عليها، لأجل حفظها، أو الإنتفاع منها، أو استيفاء حقّه منها، لما كان ظاهرها التّزام الدّافع بخسارتها على نفسه، وكونها في عهده، بحيث لو تلت خرجت عن كيسه، ليس على من أخذها هذه المقاصد خسارة، فكأنّ الشارع قرّر ما كان مركزاً في أذهان أهل العرف، حيث أنّهم يلومون من أراد التّغريم في هذه الصّور، ويعتذرون عن الأخذ بأنّه ما فرط فيه شيئاً، وأنّ الأخذ بنفسه أعطاها إيّاه وسلّطه عليها، فلا وجه أن يتخسّر عنه.

نعم، لو أخذها الأخذ لاتنفاعه منها، والتزم بكونها في عهده، لا يأبون عن التّغريم وكون خسارته عليه، بخلاف ما لو أخذها لصرف الحفظ، فلا يجوزون تخسيره أصلاً، حيث أنّه لم يأخذها إلّا لأجل مصلحة المالك، فاشتراط كون الودعي ضامناً منافٍ لأصل هذا الفعل، أعني استيانه على حفظها، وإلى ذلك ينظر كلام الفقهاء رضوان الله عليهم حيث يقولون إنّ شرط الضّمان منافٍ لمقتضى



الوديعة.

والدليل على تقرير الشارع لهذا المعنى، تعليقه في غير واحد من الأخبار لنفي البأس عنه بأنه أمين، والظاهر أن المراد من الأمانة كونه مسلطاً على المال من قبل المالك، حيث ألقاه تحت يده، وجعله مختاراً فيه، وموثوقاً به بحسب جعله، لأن هذا المعنى هو المناسب لهذا الحكم، أعني نفي الضمان، دون العدالة والوثاقة الواقعية كما لا يخفى.

ويفصح عن إرادة هذا المعنى، ما ورد في بعض الأخبار في مثل ما ورد من «أنك لا تستامن الخائن» أو «لقد استأمت خائناً»<sup>(١)</sup> يعني جعلته أميناً في مالك، أي سلطته عليه، لا أنك اعتقدت أمانة الخائن.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا كان تسليط الغير على الانتفاع، أو استيفاء الحق، لكونه ظاهراً في التزامه بالخسارة سبباً لرفع الضمان، مع بقاء عُلقة المالكية، فعليه تسليطه مطلقاً على الانتفاع والإتلاف، مع قطع عُلقة المال واحداثها بين الغير، وذلك المال أولى للحكم المذكور، حيث بنى المالك والتزم على جعله ذا مالٍ، فتغريمه والزامه على عدم وصول نفع إليه، بل تلفه بأمر سماوي منافٍ لما قصده المالك، وبنى عليه عزمه والتزم به في نفسه.

والخدشة: في الفحوى بإمكان مدخلية بقاء العُلقة في ذلك الحكم.

مدفوعة: بعدم المناسبة بينهما، فافهم وتأمل، ولأجل ما ذكرنا لم نقل بالضمان في الهبة الفاسدة.

ولكن يشكل ما ذكرنا بكثيرٍ من الموارد، حيث أنها يُترأى كونها من هذا القليل، مع أن الظاهر يحكمون فيها بالضمان، كبيع الخمر والخنزير مع العلم بعدم قابليتهما للتملك، وكالبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجره.

ولكنّ الظاهر ثبوت الفرق بينهما، كما يظهر بالتأمل :  
 أمّا مسألة بيع الخمر والخنزير : فلأنّ فيه شائيّة التّضمن ، بل هو تضمينٌ  
 حقيقي واقعاً. غاية الأمر عدم صلاحية المضمون به للملكيّة في نظر الشارع، ولكنّه  
 في نظرهما مع قطع النّظر عن حكم الشارع مالٌ وضمنه نفس البائع به حقيقةً،  
 بخلاف ما نحن فيه، وبذلك يتخيّل الفرق بين ما نحن فيه وبين الهبة الفاسدة، حيثُ أنّه  
 مشتملٌ على التّضمن ولو صوريّاً، بخلاف الهبة الفاسدة، ولكنّه لا يخلو عن تساهل  
 فافهم.

\* \* \*

## [البيع بلا ثمن]

وأما مسألة البيع بلا ثمن فنقول فيها: إنَّ تحقُّقَ ماهية البيع يتوقَّف على جعل الثمن في مقابل المبيع، لكونه مبادلة، والمبادلة لا تتحقَّق إلَّا بوجود البدل، فقصد كونه بلا بدل يُناقض قصد إيجاد البيع حقيقةً، فلا يعقل إرادة حقيقة البيع مع قصد كون المبيع مجَّاناً، فحينئذٍ نقول إنَّ أراد بقوله «بعتك» تملكه مجَّاناً مُجرِّداً عن اعتبار البدل في لفظ البيع، فيكون ذكر قوله بلا ثمن قرينةً على مراده، فليس من حقيقة البيع في شيء، وإنما هي هبةٌ بهذه العبارة.

ثمَّ إنَّا لو لم نعتبر في الهبة اللفظ الخاص، بل قلنا بوقوعه بأيِّ لفظ كان فهو، وإلَّا فهي هبة فاسدة لا يُضمن بها، كما أنه لا يضمن بصحيحها، وإنَّ أراد بقوله «بعتك» مفهوم المبادلة وإنشاء حقيقتها حقيقةً، فذكر قوله بلا ثمن لغوٌ في الكلام فيكون بيعاً فاسداً لعدم تعيين الثمن فيه، فالمقبوض به مضمونٌ، كما أنَّ صحيح البيع مُضمَّنٌ، ثمَّ أنه لو قال هذا اللفظ وقلنا باجماله لصلاحيَّته لكلا المعنيين، فمقتضى القاعدة فيها الضمان، لا لكونه بيعاً فاسداً، بل لأنَّه الأصل في هذا الباب، ونفيه يحتاج إلى دليل، فما لم يثبت نحكم بالضمان بمقتضى الأصل.

إذا عرفت ما ذكرنا، ظَهَرَ لك حال قوله «آجرتك بلا أجرة» لَأَنَّهُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ كَمَا لَا يَخْفَى.

هَذَا غَايَةٌ مَا يُمْكِنُنَا مِنَ التَّوْجِيهِ لِلِاسْتِدْلَالِ بِالْفَحْوَى<sup>(١)</sup>، وَلَكِنَّ الرُّكُونَ إِلَيْهَا وَالْإِطْمِئْنَانِ بِهَا فِي جَعْلِهَا مَدْرَكًا لِلْحُكْمِ بِنَفِي الضَّمَانِ فِي مَا نَحْنُ فِيهِ فِي غَايَةِ الْإِشْكَالِ، وَلَوْ سَلِمَ دَلَالَتُهَا عَلَيْهِ فِي الْهَبَةِ الْفَاسِدَةِ، إِذِ الْمَتَأَمَّلُ الصَّادِقُ لَا يَجِدُ الْفَرْقَ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، كَمَا أَنَّهُ يَجِدُ الْفَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْهَبَةِ الْفَاسِدَةِ، إِذِ الْمَمْلُوكِيَّةُ الشَّرْعِيَّةُ مُتَحَقِّقَةٌ فِي كِلَا الْمَقَامَيْنِ، كَمَا أَنَّ الْعَرَفِيَّةَ مُتَحَقِّقَةً فِي كُلِّيهَا مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَهُمَا، إِذْ لَا خَفَاءَ فِي أَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ يَعُدُّونَ الظُّلْمَةَ وَسُلَاطِينَ الْجَوْرِ مِنْ أَهْلِ الثَّرْوَةِ وَالْغِنَاءِ، مَعَ عِلْمِهِمْ بِأَنَّ أُمُورَهُمْ مَغْصُوبَةٌ، وَأَنَّهَا مَأْخُوذَةٌ ظُلْمًا وَعُدْوَانًا، وَلَوْ فُرِضَ تَلَفٌ مَا فِي أَيْدِيهِمْ يَقُولُوا إِنَّهُ تَضَرَّرَ، وَلَا يَسْتَدُونَ الضَّرَرَ إِلَى الْمَالِكِ الْحَقِيقِيِّ الشَّرْعِيِّ، وَعَلَى هَذَا فَالْتَّضَمِينَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مُتَحَقِّقٌ فِي نَظَرِ الْعَرَفِ كَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، فَالْأَوْجَهُ عَدَمُ التَّفْكِيكِ بَيْنَهُمَا مِنْ هَذِهِ الْجَهَةِ، بِمَعْنَى أَنَّ نَلْتَزِمُ إِمَّا بِشُمُولِ الْفَحْوَى لِكُلِّيهَا أَوْ بِعَدَمِ شُمُولِهَا لِشَيْءٍ مِنْهَا.

وَمِنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا تَلَخَّصَ أَنَّ الْأَوْجَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الضَّمَانُ، لَوْ لَمْ يَتَحَقَّقْ الْإِجْمَاعُ، وَإِلَّا فَهُوَ الْمَتَّبِعُ.

هَذَا كُلُّهُ فِيمَا لَوْ بَاعَ الْفَضُولِيُّ لِنَفْسِهِ وَكَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِالْحَالِ.

وَأَمَّا لَوْ بَاعَ عَنِ الْمَالِكِ، مَعَ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِهِ فَضُولِيًّا، وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَيْهِ لِيُوصِلَهُ إِلَى الْمَالِكِ جَرِيًّا عَلَى مَقْتَضَى الْعَقْدِ، فَهَلْ يَضْمَنُ لَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ أَمْ لَا وَجْهَانِ:

١ - وَقَدْ يَنْتَقِضُ مَا اسْتَفِيدَ مِنَ الْفَحْوَى بِضَمَانِ الْمَرْتَشِي مَعَ تَلَفِ الرِّشْوَةِ، عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ بَعْضُهُمْ.

وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّ الرِّشْوَةَ إِنَّمَا هِيَ بَاذَاءُ الْعَمَلِ، فَيَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الْجَعْلِ. غَايَةُ الْأَمْرِ عَدَمُ امْضَاءِ الشَّارِعِ لَهُ، وَهَذَا غَيْرُ مُوجِبٍ لَصِيرُورَةِ التَّسْلِيْطِ مَجَانِيًّا عَرَفًا، فَهَذَا نَظِيرُ بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ فَكَمَا فِي صَحِيحِهِمَا ضَمَانٌ فَكَذَا فِي فَاسِدِهِمَا، فَافْهَمْ (مِنْهُ رَحِمَهُ اللَّهُ).

أقواهما عدم، لأنّ المشتري سلّطه على الثمن، وهو ملّك له ولو على الكشف، لأنّ المفروض في المسألة ما لو ردّ المالك ورجع المشتري بالمبيع أو بدّله، ومعلوم أنّ الثمن على هذا الفرض غير منتقل إليه على الكشف أيضاً، فهو باقٍ على ملكه، واستأنه عليه، فليس له تغريمه.

إنّ قلت: إنّ دفع الثمن إليه ليس إلّا لأجل الوفاء بالعقد والجري عليه، فالتسلّط إنّما يكون على مال يزعم كونه مال الغير، وأنّه ليس ممّا له عليه سبيل، بل يَعتقد عدم سلطنته عليه، لأنّ العقد لازمٌ من طرفه لكونه أصيلاً، فسلّطه على ما لا سلطنة له عليه ظاهراً، وهذا ليس استينافاً على ماله.

قلت: إنّ المشتري الأصيل وإنّ قلنا بعدم جواز تصرّفه في الثمن، إلّا أنّه لما كان عالماً بالفضوليّة يعلم بعدم لزوم العقد من الطّرف الآخر، وكونه مترزلاً فهو لا يقطع بخروج الثمن عن ملكه، لإحتمال عدم امضاء المالك للعقد، وتسليط الغير على الثمن مع احتماله بقاءه على ملكه لا يكون إلّا الاستيناف على ما يحتمل كونه مالاً له. غاية الأمر عدم تأثير الاستيناف في نفي الضّمان على فرض خروجه بالعقد عن ملكه، لكونه استينافاً على مال الغير، فافهم وتأمل.

هذا تمام الكلام فيما يغرمه بازاء الثمن.

وأما التكلّم في المقام الثاني: أعني فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، فتفصيل الكلام فيه أنّ الزائد:

أما أنّ يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة.

وأما أنّ يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدّار، ووطي الجارية، واللبن والصّوف والثمرّة.

وأما أنّ يكون غرامةً لم يحصل له في مقابلها نفعٌ كالنفقة وما صرفه في العبارة، وما تلف منه أوضاع من الغرس والحفر، أو اعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً ونحو

ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء.

ثمَّ المشتري إنَّ كَانَ عالماً فلا رجوع له في شيء من هذه الموارد لعدم الدليل عليه وإنَّ كَانَ جاهلاً.

فأما الثالث: فالظاهر أنَّه لا إشكال، بل لا خلاف في أنَّه يرجع إلى البائع للغرور، فإنَّ البائع مُغرَّرٌ للمشتري وموقعٌ إيَّاه في خطرات الضَّمان، ومُتلفٌ عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزَّور الَّذي يُرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولقاعدة نفي الضَّرر، مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها:

«عن الرِّجل يشتري الجارية من السَّوق فيولدها ثمَّ يجيء مُستحقُّ الجارية؟ قال: يأخذ الجارية المستحقُّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجعُ على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»<sup>(١)</sup>.

فإنَّ حرَّية ولد المشتري أمَّا أنْ يُعدَّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، لأنَّها على الثاني شاهدٌ على المدَّعى بظاھرھا، وعلى الأوَّل تدلُّ بظاھرھا على الرَّجوع فيما حصل في مقابله نفعٌ، ومعلوم أنَّ جريان الحكم الثَّابت في صورة العدم أولى.

وأما القسم الثاني: أعني ما يغرمه في مقابل النِّفع الواصل إليه، والأقوى أنَّه كسابقه في جواز الرَّجوع إلى البائع، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في مَنْ قَدَّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، وقاعدة نفي الضَّرر، فإنَّ تغريم من أقدم على إتلاف شيءٍ من دون عوضٍ مغروراً من آخر، بأنَّ له ذلك مجَّاناً من دون الحكم برجوعه إلى مَنْ غَرَّه ضررٌ عظيم كما لا يخفى.

وقد أورد على الاستدلال:

تارةً: بمنع الصَّغرى.

وأخرى: بمنع الكبرى كلية أو كليتها.

والجواب: أما عن منع الصغرى فبأننا لا نتعلّل الفرق بين ما نحن فيه وبين ما لو غرّه على أكل طعام الغير بزعم كونه ملكاً للغاصب، من حيث صدق الغرور، إذ كما أنّه أقدم على أكل الطعام بأن يكون له مجّاناً، كذلك أقدم هنا على استيفاء المنفعة على أن يكون من منافع ملكه، ولا يتخسّر في مقابله بشيء.

وبالجملة: تتحقّق الغرور فيما نحن فيه بديهياً، ومفهوم الغرور الموجب للرّجوع في باب الإتلاف، وإن لم يكن مُنقّحاً، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان اتلاف المغرور واثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير بل قصده إلى اتلاف مال نفسه، أو من أباح له الإتلاف، فمنعه بين الفساد، كما أنّ صدق الضرر والإضرار أيضاً ممّا لا يرتاب فيه، إذ مجرد وصول شيء بحذائه غير موجب لنفي صدق الضرر، وذلك واضح لمن راجع الوجدان والعرف.

وأما منع الكبرى كلية فتقريبه:

أنّ قاعدة الغرور بنفسها ليست قاعدة مستقلة موجبة للضمان، لعدم مساعدة الدليل عليها بنفسها من حيث هي، بل التّضمن إنّما هو لأجل مصادقتها مع نفي الضرر والضرار.

والقول بعدم مدخلية نفي الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبتنية على تقديم السّبب على المباشر.

مردودٌ، بأنّ تقديم السّبب لا ينهض عليه الدليل، إلّا إذا استند الإتلاف إلى السّبب عرفاً، بحيث لا يكون المباشر إلّا بمنزلة الآلة كبعض افراد المكره إذا ذهب القصد والشّعور، فعلى هذا أيضاً ليس إثبات الضمان لأجل الغرور، بل لأجل استناد الإتلاف إليه عرفاً.

ودعوى: أنّه لا حاجة لنا في إثبات أنّ الغرور بنفسه مضمّن، بل يكفي في إثبات الضمان دليل نفي الضرر.

ممنوعة: بعدم جواز التمسك بعموم نفي الضرر، إلا في موارد تمسك به بعض من قدماء الأصحاب من الأساطين، لما تقرّر في محله من أن كثرة التخصيص أجمله بالنسبة إلى الموارد الغير المعمولة، لأنها كاشفة عن ورود تخصيص عليه بعنوان واحد ولا نعمله، إلا أننا نأخذ بظهوره في كلّ مورد تمسك به جمع من الأصحاب لخروجه بسبب العمل عن طرف العلم بطرؤ التخصيص بهذا العنوان الذي لا نعلمه. والظاهر أن العلماء لم يستندوا فيما نحن فيه إلى قاعدة نفي الضرر حتّى يجوز لنا التمسك بها.

والجواب: أن سببية الغرور للضمان في الجملة، ممّا يساعد عليها الإجماع، والأخبار الخاصة الواردة في الموارد المتفرقة.

بيانه: أنك قد عرفت في مسألة من قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، أن ثبوت الضمان على الغار ممّا لا خلاف فيه على الظاهر، ومستندهم في إثبات الضمان الغرر، حيث يقولون إنه ضامن لتغريره إيّاه، و«المغرور يرجع إلى من غره»، فاستدلّاهم بالقاعدة يرشد إلى أن سببية الغرور لإثبات الضمان عند هؤلاء المجمعين مسلمة، فيثبت به أن هذا المقدار من الغرور المتحقّق في ضمن هذه المسألة موجب للضمان بالإجماع.

نعم، لو كان صدق الغرور على فرد أخفى من صدقه في هذه المسألة، لا يثبت بالإجماع على هذه المسألة أن هذا الصنف من الغرور المتحقّق في ضمن هذا الفرد أيضاً موجب للضمان، كما لا يخفى.

ولكنك بعدما عرفت من عدم الفرق بين ما نحن فيه من حيث صدق الغرور وبين هذه المسألة، علمت أن الالتزام بذلك غير مضرّ لما نحن فيه، إذ القدر المتيقّن حينئذٍ سببية هذا المقدار من الغرور المتحقّق في ضمن كلا المسألتين.

وأما الأخبار:

فمنها: ما ورد في رجوع المحكوم عليه على شاهد الزور<sup>(١)</sup>.



ودعوى كون الحكم فيه تعبدياً من دون استناده إلى قاعدة، في غاية البعد.  
ودعوى الفرق بين هذا المورد بحسب القواعد وبين ما نحن فيه، غير مسموعة.  
ولو قيل: بأن ذلك ليس لقاعدة الغرور، بل لصيرورة المحكوم عليه بمنزلة  
المكروه في عدم القصد.

قلنا: بمنزلة فيما نحن فيه أيضاً، بل انتفاء القصد فيما نحن فيه أوضح من المحكوم  
عليه كما لا يخفى.

وبما ذكرنا عرفت الجواب عن منع كلفة القاعدة، من أنه لا حاجة لنا في إثبات  
كلفتها، بل يكفينا القدر المتيقن منها.

هذا كله، مع أن دليل نفي الضرر أيضاً يثبت الضمان على الغار، وما ذكرنا من  
عدم جواز التمسك به فإنما هو في كل مورد لم يعمل على طبقه أحد من الأصحاب،  
وأما في الموارد التي عملوا على طبقه وإن لم يستندوا إليه، فلا صارف يوجب رفع  
اليد عن ظهوره.

ويمكن أن يستدل أيضاً لإثبات الضمان بما حكي عن «الإيضاح» من الإجماع  
على تقديم السبب على المباشر إذا كان السبب أقوى.

ثم أنه قد ظهر مما ذكرنا حكم ما يغرمه المشتري في مقابل العين، من زيادة  
القيمة على الثمن الحاصل وقت العقد - كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف،  
فأخذ منه المالك عشرين - من أنه لا يرجع بما زاد عن أصل الثمن، دون عشرة الثمن،  
لعدم تغيره بالنسبة إليها، لإقدامه على أن يكون تلفه من كيسه، ولا يتخسر في  
مقابله زائداً على العشرة، فهو مغرور بالنسبة إلى ما زاد دون العشرة، ضرورة كونه  
متخسراً بهذا المقدار لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية.

ومعنى قولنا أنه «لا يرجع بعشره الثمن» أنه لا يرجع إلى البائع بتمام ما يغرمه  
للمالك، بحيث يكون تلفه من كيس البائع، بل لا بد أن يكون خسارة العين على  
المشتري بمقدار ما أقدم عليه، وليس معناه أنه لا يرجع إلى الغاصب بالثمن الذي

دفعه إليه أولاً - كما قد يتراءى من ظاهر العبارة - لأنه يلزم على ذلك - مضافاً إلى أنه لا وجه لأكل الغاصب الثمن - أن يتخسر المشتري بعشرين، عشرة للغاصب وعشرة للمالك. وقد عرفت عدم إقدامه على الخسارة إلا بمقدار أصل الثمن.

ولا يخفى عليك أن كلما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأن المفروض قرار الضمان على البائع.

وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده.

إن قلت: إن كلاً من المشتري والبائع يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، التي هي سبب للضمان، وحصول التلف في يد المشتري، لا وجه له ولا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم لو تلف بفعله يرجع، لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.



## [في توارد الأيادي على عين واحدة]

قلت: قد ذكر الشيخ رحمه الله بعد بيان معنى قوله «على اليد ما أخذت» وأن العين المغصوبة في صورة توارد الأيادي عليها تكون في عهدة كل من الأيادي، وأنه كيف يعقل ثبوت شيء واحد في ذمم متعدّدة، قال:

«فنقول: إن الوجه في رجوعه، هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق، فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج البدل عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيناً، إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له، ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك، فلا اشتغال للذمة قبل فوات المتدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه، في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا بعد الاداء.

والحاصل: أن مَنْ تَلَفَ المال في يده ضامنٌ لأحدِ الشَّخصين على البدل، مِنْ المالكِ وَمَنْ سَبَقَهُ في اليد، فيشتغل ذمَّته إمَّا بتدارك العين، وإمَّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغالُ شخصٍ واحدٍ بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمَّة أشخاصٍ على البدل بشيء واحد<sup>(١)</sup> انتهى.

أقول: وقد يخطر بفكري الفاتر أنَّ ما ذكره رحمته من أنَّ السَّابِقَ اشتغل ذمَّته بالبدل قبل اللاحق لا يخلو عن تأمل، لأنَّ المتصور من الضَّمان مع بقاء العين ليس إلَّا الالتزام بإيصال العين إلى المالك، وتمكينه منها متى شاء، وهذا معنى كونها في عهده، وليس ذلك مجرد الحكم التَّكليفي كما أشرنا إليه في محله.

نعم، لو لم يتمكن من الإيصال، يلتزم بدفع بدل الحيلولة مع بقاء العين، ومع تلفها بدلاً عن التَّالف، وكذا ما ذكره أخيراً من اشتغال ذمَّة أشخاصٍ على البدل بشيء واحد لشخصٍ واحد، إذ فيه أنا لا نتعلَّل تقوُّم عَرَضٍ واحدٍ شخصيِّ بموضوعاتٍ متعدِّدة، ولو على سبيل البدل في زمان واحد.

وأمَّا تنظيره بالواجب الكفائي، كما ظهر منه فيما سبق، فلا يخلو عن تأملٍ لإمكان أن يقال: إنَّ الكفائي طَلَبُ فعلٍ مِنْ أشخاصٍ متعدِّدة، بحيثُ اشتغل ذمَّة كلِّ واحد من الأشخاص بامتنال هذا التَّكليف، نظير الواجبات النفسية، لكن لما كان المطلوب تحقُّق فردٍ منه في الخارج يرتفع الطَّلَب عنهم لفعل بعضهم، لحصول الغرض، وامتناع إيجاده ثانياً للزوم تحصيل الحاصل.

ولا يقاس عليه اشتغال ذمَّة أشخاصٍ بالبدل، إذ ليس للمُبْدَلِ إلَّا بَدَلٌ واحدٌ فلا يمكن تحقُّقه في أمكنة متعدِّدة.

وأمَّا طلب شيءٍ واحدٍ شخصيٍّ من أشخاصٍ عديدة، فلا محذور فيه، فافهم وتأمل.

فالَّذي يقتضيه دقيق النَّظر أن يقال: إنَّ مقتضى «على اليد» كون العين على

عهدة الآخذ، ومعنى كونها على عهدته أنه ملتزم بإدائها إلى المالك، وتسليط المالك عليها بقدر الإمكان، بحيث لا يرد على من أخذها منه خسارة من قبل هذا الشيء المأخوذ، وقد عرفت في محله، أن هذا المعنى يقتضي الالتزام برد نفس العين مع وجودها، وتمكّنه من ردّها، وأمّا مع تلفها، فيقتضي الالتزام برد ما يُماثلها ذاتاً إن كانت مثلياً، وإلا فما يساويها بحسب القيمة بدلاً عن التآلف.

وأمّا مع وجود العين، وعدم القدرة على إيصالها إلى المالك، فاللزام عليه تسليطه على ما يساويها من المثل أو القيمة، على فرض عدم كونها مثلياً، بدلاً عن الحيلولة، ومقتضى كون المدفوع بدلاً عن الحيلولة بقاء نفس العين على ملك المالك، فعلى هذا لو تسلّط الآخذ على ردّ نفس العين، فعليه الردّ، واستيفاء ما أذاه أولاً بدلاً عن الحيلولة.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّه لو تعاقبت أيادي عيني، تكون تلك العين على عهددة كلّ منها يصدق كونها آخذة، وقد عرفت كونها متعهدة بها التزامها بإيصالها إلى مالكيها، فللمالك أن يلزم كلّاً منها بتحصيل نفس العين مع بقائها وردّها إليه، ولو بمؤونة كثيرة، هذا حال المالك.

وأمّا الأيادي العادية، فمقتضى القاعدة أن حكم السابقة منها - مع ما لحقها بعد التزام المالك إيّاها بتحصيل العين - كحكم المالك معها وما لحقها - لكونها مأخوذاً منها بالنسبة إليه، وإن كانت آخذة بالنسبة إلى المالك، فعلى هذا لو احتاج التحصيل إلى مؤونة وصرفها السابق، له إلزام اللاحق بغرامتها.

ومن هنا يتبيّن أنّه لو لم يُمكن تحصيل العين مع بقائها، أن ما يدفعه السابق بدلاً عن الحيلولة يرجع به إلى اللاحق لكونها آخذة بالنسبة إليها، وهي مأخوذة منها، فلا شيء عليه من الخسارة بملاحظة اللاحق، وإن كان بملاحظة كونها آخذة بالنسبة إلى المالك خسارتها عليه، فلكلّ منها جهتان إلى اليد الأخيرة، فهي آخذة لا غير، و عليه خسارة العين من دون رجوع إلى الغير.

وبهذا ظهر أن الحق الذي أحق أن يقال إن العين ما دامت باقية، لم يشتغل ذمة أحد بشيء، وإنما يكون على عهدتها، بالمعنى الذي عرفت مراراً، فهي ثبوتها في يد الأخير، يكون على عهدة كل من هؤلاء الأشخاص لا ذمتها، فإذا تلفت عنده ينتقل إلى البدل، بمعنى أن التعذر الذي اعتبار خصوصياته الشخصية صيرها كلياً وانتقل من الخارج إلى الذمة، ولا ريب أنها بعد التلف عند الأخير ينتقل إلى ذمته بعينه، ولا معنى لانتقاله إلى ذمة الغير معيناً أو مردداً، فالمشغول إنما هو ذمته لا إحدى الذمم على البدل، فالمالك إنما يملك ذمته دون ذمة الأشخاص السابقين عليه، ولكنهم متعهدون باداء ماله حينئذ أيضاً كتعهدهم بذلك حال وجوده، ومعنى كونهم متعهدين بالاداء أن اللازم على كل واحد أخذ ما في ذمة الأخير منه وأدائه إلى المالك، بحيث لو إمتنع كان عليه خسارته ودفع البدل، وله الرجوع على لاحقه في اليد لما عرفت.

إن قلت: مقتضى ما ذكرت كون ما يدفعه السابق في هذه الصورة أيضاً بدلاً عن الحيلولة ولو حكماً، كصورة بقاء نفس العين والتعذر عن تحصيله، لأن المفروض ثبوت حقه في ذمة اللاحق، فما يدفعه السابق بدل عن حقه لا عن نفس الحق. وهذا فاسد، لأن مقتضاه عدم جواز تصرف السابق فيه، ولزوم دفعه إلى المالك، ثم يستوفي ما أداه إليه أولاً، والظاهر أنه لا يلتزم به أحد.

قلت: دفع بدل الحيلولة إنما هو لأجل التعذر عن أداء نفس الحق، وأما بعد صيرورة حقه كلياً، فكلّ منهم متمكّن عن أداء حقه، إذ لا حق له حينئذ غير فرد من الكلّي على عهدة كلّ منهم، فكلّ منهم أدوا هذا الفرد الذي هو حقيقة حقه، يرجع على لاحقه الذي هو أخذ بالنسبة إليه، حتّى ينتهي إلى من استقرّ الحق على ذمته فعليه أن يخرج عن عهدة كلّ من الأيادي، بمعنى أنه لا بدّ من أن يتدارك ما تخسره من هو سابق عليه، وهكذا حتّى يصل الأمر إلى المالك، فافهم.

## [لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]

مسألة: لو قال مَنْ له نصف الدار مُشاعاً «بعتك نصف ملك الدار» ولم يعلم أنّه أراد نصفه، أو نصف الغير، أو المشترك بينهما<sup>(١)</sup>.

الظاهر أنّه يُحمل على نصفه المملوك، دون المشاع في حصّته وحصّة شريكه لإقتضاء مقام التّصرّف انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع، نظير قول البائع «بعث غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبده غيره، وقد حُكي عن فخر الدّين دعوى الإجماع على انصرافه إلى عبد نفسه، والظاهر عدم الفرق بينه وبين ما نحن فيه، إلّا ما قد يُتراءى من ظهور النّصف في الإشاعة عند الإطلاق، وذلك يقتضي إشاعته في الحصّتين، فيتعارض ظهور المقام، وهذا بخلاف لفظ «الغانم» في المثال المذكور، إذ ليس له ظهور في عبد الغير حتّى يتعارض ظهور التّصرّف بالبائع وقوعه لنفس البائع، فلا يُقاس عليه ما نحن فيه.

وفيه: أنّ نصف الشيء عبارة عن جُزئه المساوي للجزء الآخر منه، سواء كان

الجزءان مشاعين أم مقرونين، مثلاً نصف الدار يصدق على نصفها المفروز والمشاع، فلو كان المالك شريكاً مع الغير فيها يصدق على كل من الشريكين أنه مالك للنصف على كلا التقديرين.

نعم، لو أطلق ينصرف إلى النصف المشاع من متعلقه، لأن التعيين اعتباراً زائداً يحتاج إلى تقييد النصف، بأن يقال النصف الكذائي، فعند الإطلاق ينصرف إلى النصف المشاع، ولكنه بالنسبة إلى نفس المضاف إليه لا بالنسبة إلى الطواري، ومعنى الإشاعة أن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على السوية، فيكونان مشتركين فيه، فنصف الدار لا يقتضي الإشاعة من حيث الإطلاق إلا بالنسبة إلى أصل للدار، وأما إشاعتها بالنسبة إلى الطواري فهو خارج عن منصرف النصف.

وأما مسألة الإقرار، فليس حمله على الإشاعة بالنسبة إلى الطواري لأجل ظهور اللفظ فيها، بل ظاهر الإقرار أن نصف العين من حيث هي مملوك للمقر له، ونفس العين لما كانت نسبتها إليهما على حد سواء، وحمل النصف على حصّة كل منهما ترجيح من غير مرجح، يُحمل على النصف المشاع في الحصتين.

هذا، وقد يترأى التنافي بين ما ذكرنا من انصراف النصف في مقام التصرف إلى ملك المتصرف، وما ذكره في باب الصلح من أنه إذا أقر من يده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مُشاعاً في نصيبها، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع، وإلا نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكرناه اختصاص المصالح بالنصف المقر له، لأنه أوقع الصلح على نصف مشاع فينصرف إلى حصّته، لكونه مالكا للنصف المشاع في الواقع باعترافهما، ولا فرق في ذلك بين الصلح قبل الإقرار وبعده، ولا مع المقر وغيره.

ولكنه يندفع بعد التأمل، لأن المدعين للمال كلاهما معترفان بأن المال لهما على نحو الشركة، وأنهما ورثاه عن أبيهما على السوية مثلاً، وأن صاحب اليد غاصب له، وإنكار الغاصب مانع عن تصرفهما في المال شرعاً، فإذا ارتفع المانع باعترافه،



يتصرّفان فيه بقدر ما ارتفع المانع عنه، إن كُلاًّ ففي الكلّ، وإلاّ ففي البعض، وليس لتخصيص الغاصب أحدهما بالذكر واعترافه له أثر في اختصاص الغصب على الآخر، بل هو قبل الإعتراف كان عيناً مشتركةً مغصوبةً كلّها، وبعد الإعتراف مغصوباً بعضها، فما يتحصّل من المال باقرار الغاصب فهو لها على سبيل الاشتراك، والتّصف الآخر الذي ينكره فهو عليهما بمقتضى إقرار المقرّ له، فلو صالح الغاصب المقرّ له على التّصف المقرّ له بعد الإقرار، صحّ في الرّبع، ووقف على إجازة شريكه في الرّبع الآخر، لكونه فضوليّاً بالنّسبة إليه، لما عرفت من أنّ الاعتراف بالبعض سبب لرفع المانع عنه، وكلاهما شريكان فيه بعد التّحصّل، فصلحه يقع على ما ارتفع عنه المالك، وهو حقّ لها.

وبما ذكرنا ظهر أنّه لا فرق بين أن يُقال «صالحتك على نصف الدّار»، أو «على التّصف الذي أقررت به» لأنّه لم يقرّ إلاّ على نصفه الواقعي، إلاّ أنّ الإقرار بالتّصف الواقعي موجب لتسلّطه على التصرّف في نصف العين المغصوبة، ورفع المانع عنه بازالة اليد العادية. ومن المعلوم أنّ من حكم المشاع ثبوت تسلّط كلّ من الشّريكين في العين بمقدار تسلّط الآخر به، فكما أنّ أحدهما مسلّط على نقل العين المشاعة، فكذلك الآخر، فكلّ منهما مسلّط على نقل الرّبع من المجموع المتحصّل من العين ممحصّاً للمقرّ له، فالمتحصّل إنّما هو لها على السويّة، فلو صالحه عليه بأيّ لفظ عبّر يقع الصّلاح عنهما. نعم لو صالحه قبل الإعتراف يقع الصّلاح عنه لا غير، لأنّ الصّلاح وقع على الدّعوى لا على المقدار المتحصّل من العين، كما لا يخفى.

وبما ذكرنا ظهر ما في كلام الشهيد في المحكي عن «المسالك» من التفصيل بين ما لو وقع الصّلاح على نصفه، أو مطلق التّصف، وبين ما إذا وقع على التّصف الذي أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثّالث، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص في الأوّلين، لا اختصاص التّصف وضعاً في الأوّل، وانصرافاً في الثّاني إلى التّصف المحتصّ، انتهى.

وتوضيح ما في كلامه: أن كلاً من الوارثين شريكان في المال بحسب اعترافهما، فلكلّ منهما نصفٌ مشاعٌ من المال واقعاً، فلو صدّق أحدهما الغاصب، فقد إعتَرَف بحقّه الواقعي الذي يدّعيه المقرّ له، إذ من البين أن المقرّ لم يقصد من النّصف في قوله «نصف المال» إلا النّصف المحتصّ بالمقرّ له، لا النّصف المشترك بينه وبين شريكه، وهو صادقٌ في اعترافه، لكونه مالكاً للنّصف في الواقع، والحكم بتشريكتها في النّصف المتحصّل أمّا نشأ من حكم الشارع بأنّ ما يتحصّل من المال، فهو لهما، لكون المال نسبته إليهما على حدّ سواء، فالإشاعة المتحقّقة في المقام بين الحصريّين ليس لأجل استفادتهما من اللفظ، بل استظهاره من اللفظ غير متصور بعد إضافته في المقام إلى الشخص، إذ حمل لفظ «النّصف» المضاف إلى الشخص الخاصّ على نصفٍ نصفه، ونصفٍ نصف الغير كما ترى.

فثبت ممّا ذكرنا عدم الفرق بين التعابير الثلاث، وظهر أيضاً ما في اعتراف «مجمع الفائدة» فيما حكي عنه على التّفصيل المحكي عن الشّهيد<sup>(١)</sup>، بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النّصف المقرّ به، انتهى.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ ما ذكر لا يتمّ، إلّا فيما إذا استولى المقرّ له على العين المقرّ بها، وأوقع الصّلاح على ما استولى عليه.

وأما لو صالح حقّه الواقعي، أو وهبه إلى الغاصب أو غيره، فلا مانع عن صحّته، فيصير المصالح له - غاصباً كان أو غيره - بعد انتقال حقّه الواقعي إليه بمنزلة شريكاً معه، ولا مانع عن صحّة الصّلاح أو الهبة في مثل الفرض، وتعلّقه بجميع حصّته، كما لا يخفى.

قوله: «مدفوعة، بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله...»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا حقٌّ، ولكن مقتضاه عدم استحقاق المقرّ على المقرّ له إلا ثلث ما في يده، لأن المقرّ إن كان صادقاً في إقراره تكون العين مشتركة بين الثلاث بالإشاعة، فكلّ جزءٍ يُفرض منها يكون مشتركاً بين الثلاث، وحيثُ أنّ المنكر أخذ نصفه، فقد فرز حقه وقاسمه مع شريكه، ومقتضى القسمة، وانتقال ما يستحقّه الشريك ممّا في يده إليه، بدلاً عما يستحقّه ممّا في يد الشريك، فالنصف الذي في يد المقرّ جزءٌ يُفرض منه ثلثه له وثلثه للمُنكر، لكنّ المنكر رَضِيَ بانتقال ثلثه إلى المقرّ بدلاً عما يستحقّه المقرّ ممّا في يده.

والحاصل: كونُ العين مشتركةً بين الثلاثة، مقتضاه عدم استحقاق كلٍّ منهم من كلّ جزءٍ من أجزاء العين إلا ثلثه، فلا يستحقّ المقرّ له من النصف الذي في يد المقرّ أصالةً إلا ثلثه على سبيل الإشاعة. وأمّا الثلثان الآخران فأحدهما للمقرّ، والآخر للمُنكر، لكنّ المنكر أعطى سهمه للمقرّ بدلاً عما يستحقّ المقرّ ممّا في يد المنكر قضيةً للقسمة، فيكون الثلث الذي للمُنكر في يد المقرّ بدلاً عن الثلث الذي للمقرّ في يد المنكر بتراضٍ منها، ولم يرضِ المنكر بانتقال شيء من حصّته المشاعة ممّا في يد المقرّ إلى المقرّ له، لأنّه منكرٌ لحقه، وليس له المقاصّة منه ما لم يثبت حقه شرعاً. هذا مع خروجه عن ملك المنكر بواسطة القسمة، وانتقاله إلى المقرّ، فيكون للمقرّ سهماً ممّا في يده وللمقرّ له سهم.

وبيان آخر: لو كان المقرّ كالمنكر منكرًا لحقّ له، لم يكن عند تصرّفه في نصف العين إلا غاصباً لنصف حقه الذي هو سدس العين، كالمنكر الآخر الذي اعترف المصنّف بأنّ ثلث ما في يده مغصوب، فكيف يجبُ عليه على تقدير الإقرار أن يدفع إليه أزيد ممّا يكون غاصباً على تقدير الإنكار؟

وبما ذكرنا ظهر لك صحّة ما نُسب إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب، من أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، ودفع إليه الرائد عما يستحقّه باعتقاده وهو الثلث لا النصف، والله العالم.

قوله: «والظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد عرفت آنفاً أن حكمهم منطبق على القواعد، والروايتان تعضدانها، فإن المقر له لا يستحق من أعيان التركة إلا بمقدار سهمه، فالتصف الذي في يد المقر نسبته إلى جميع الورثة على حد سواء، لا يستحق المقر له منه إلا بقدر سهمه، والباقي للمقر والأخ الآخر، لكن الأخ الآخر لما رضي بالقسمة مع المقر جعل ما يستحقه من هذا التصف الذي في يده، فيكون للمقر ثلثا ما في يد أحده بالأصالة، والآخر بواسطة المعاوضة التي حصلت بينه وبين المنكر، بواسطة القسمة، ما تقدم توضيحه في الفرض السابق، والله العالم.

\*\*\*

## [في بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله]

مسألة: «لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله [كالخمر والخنزير] صفقةً بثمنٍ واحدٍ، صحَّ في المملوك عندنا كما في «جامع المقاصد» وإجماعاً كما عن «الغنية».

ويدلُّ عليه مضافاً إلى الإجماعات المنقولة المعتمدة بعدم ظهور الخلاف، إطلاق مكاتبة الصَّغار المتقدِّمة الدالَّة على صحَّة الشَّراء فيما يملك. ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مالٌ الغير، ممنوعة»<sup>(١)</sup>.

وكذا يدلُّ عليه عموم حِلِّ البيع ولزوم الوفاء بالعقود.

نعم، قد يُناقش في صدق العموم في المقام:

تارة: بأنَّ الصَّادر من البائع ليس إلَّا نقل الكلِّ، ولم يُضهِ الشَّارع فلا يجبُ الوفاء به.

وتوهم: تعلق البيع بكل جزء من المبيع، لكونه نقلاً بازاء جزء من الثمن، فكل جزء يلاحظ كان مبيعاً مستقلاً في مقابل جزء من الثمن.

مدفوع: بأن بيع الأجزاء في ضمن الكل إنما هو كل تبعي، ليس على سبيل الاستقلال، ضرورة عدم كون البيع الواحد الشخصي بيعاً عديدة، فالأمر بالوفاء به إنما نشأ من الأمر بالوفاء ببيع الكل، لا أنه تعلق بها أمر مستقل، لانتفاء الموضوع فيها، فاذا فرض انتفاء الأمر بالكل، فاللزام انتفاء تعلق الأمر بالأجزاء أيضاً الناشئ عن الأمر بالكل، ضرورة انعدام التابع بما هو تابع بانعدام متبوعه.

والجواب عنها: بأن البيع موضوع عرفي، وقد أمضاه الشارع على النحو المقرر عندهم من دون تصرف فيه. غاية الأمر جعل له شروطاً لم تكن معهودة عندهم، كالقبض في الصرف، وغير ذلك، ونحن بعدما راجعنا أهل العرف نرى أنهم لو ظهر فساد جزء من المبيع عندهم، يردون الفاسد إلى بايعه، ويلتزمون بما عداه، جرياً على العهد السابق، والتزاماً بمؤداه، وليس ذلك عندهم عقداً جديداً وبناءً مستأنفاً، فكان ذلك من آثار العقد السابق في نظرهم، فهو عندهم بمنزلة أن العقد وقع من أول الأمر على الجزء الصحيح، وقد أمضى الشارع هذا البناء على وفق ما هو ثابت عندهم. ولعل السر في ذلك أن الأسباب الشرعية والعرفية نظير بعض الأسباب العقلية مؤثرات في كل جزء من مسبباتها على سبيل الاستقلال، فلو لم يكن جزء قابلاً للتأثير، لكانت مؤثرة فيما عداه، نظير الأزدراد حيث يؤثر في كل جزء قابل مما يتمصغ به.

وبما ذكرنا ظهر أن ما ذكره الشيخ رحمه الله من أنه لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل للزوم في العقود لا يخلو عن مسامحة، لأن الإشكال في المقام إنما طرأ من الشك في وجود المقتضي، أعني نفس البيع، لا في طرؤ المانع، فافهم<sup>(١)</sup>.

١ - ولعل ما ذكر مراد من غير بكونه بمنزلة البيوع المتعددة، وإلا لكان اللازم عليه أن يقول إنه بيع عديده عند الانحلال (منه رحمه الله).

وأخرى: بأن التراضي الذي هو شرط في وجوب الوفاء ولزوم البيع، إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع، وأما على الجزء مستقلاً فلم يقع التراضي عليه أصلاً، فالحكم باللزوم باطل في البعض يحتاج إلى دليل شرعي مخصص، لعموم ما دلّ على عدم حلّ أكل مال الغير إلا عن طيب نفسه.

والجواب عنها: بأن التراضي إنما وقع على نقل الكلّ، الذي هو عبارة عن الأجزاء المنضمة، فكلّ من المتعاقدين راضٍ بنقل كلّ جزء منها بشرط انضمامه إلى الأجزاء الأخرى، ومعلوم أنّ شرط الانضمام ليس من الشروط التي هي ركن للمطلوب، بمعنى أنّه ليس بحيث ينتهي الرضاء بنقل كلّ جزء بانتفاء هذا الشرط، فالمقصود أولاً في المقام ونظائره، ممّا ليس الشرط ركناً، هو نقل الأجزاء المنضمة، وبعد تعذر هذا الشرط إلى نقل كلّ جزء مستقلاً، فهو من قبيل تعدّد المطلوب، وبهذا صرح الشيخ رحمه الله في مبحث فساد الشرط من مكاسبه من أنّه غير موجب لفساد العقد حيث قال:

«إن القيودات المأخوذة في المطلوبات العرفيّة والشرعيّة:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تنن الشطب لا الأصفر الصالح للتأرجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء لأجل التنظيف للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لإنتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التنن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتنن جيّداً، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر أنّ الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يُعدّ التصرف الناشئ عن العقد - بعد فساد الشرط - تصرفاً لا عن تراض. نعم غاية الأمر أنّ

فوات الغير هنا موجبٌ للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصّحيحين»<sup>(١)</sup>. انتهى موضع الحاجة.

ويكشف عن كونه من هذا القبيل، بناءً أهل العرف، واستنادهم على الأخذ بالمعاملة السابقة، وأنّ فساد البعض في نظرهم غيرٌ موجبٍ لبطلان العقد كليّةً وارتفاع أثره مطلقاً، مع أنّ الرّضا وطيب النفس عندهم معتبرٌ مع قطع النظر عن الشرع، ألا ترى أنّ من لم يتدين منهم بشرع أصلاً - كبعض طوائف الكفار - ليس بنائهم على أكل مال غيرهم من دون رضائهم، فليس مسألة الطيب إلا امضاء ما عليه بنائهم، وتقريرهم على حكمهم بقبح الظلم، وعلى ذلك فالزام العقلاء في مسألتنا ببعض مقتضى العقد، مع اعتبار الرّضا عندهم، يكشف عن كفاية هذا المقدار من الرّضا في اللزوم، وعن أنّ الرّضا ثابتٌ. نعم لو علم بتصريحه أو بقرينة أخرى حال العقد أنّه لا يرضى إلا بنقل المجموع من حيث هو يُشكل الأمر، بل يمكن الالتزام بالفساد ولا محذور، فتأمل.





## [الولاية على مال الصغير]

قوله ﷺ : «وفحوى سلطتهما على بُضع البنت».

أقول: يمكن منع دلالة الفحوى، حيث لا داعي لهما في التّكاح غالباً على الإقدام على خلاف مصلحة الطّفل، مع أنّ شفقة الأبوة مانعة عن إيقاعه في معرض الأذية، خصوصاً في البنت، حيث لا محيص لها عنها، بعدم القدرة على الطّلاق، وهذا بخلاف الأموال حيث أنّ الفاسق ربّما يلاحظ فيها مصلحة نفسه، فلا يقاس عليه، فضلاً عن دعوى الأولويّة، مع إمكان أن يُقال إنّ أشدّيّة الاهتمام بأمر التّكاح، مع كونه مطلوباً للشّارع غاية الطلب، يقتضي نصب وليّ يباشره حيثما وجد الكفو الصّالح، ويكون أشدّ رافةً ورحمةً من غيره، إذ ربّما لا يوجد الكفو بعد الكبر، مثلما لو وُجد في حال الصّغر، وهذا بخلاف الأموال حيث الإكثار فيه مطلوبٌ كمطلوبيّة التّكاح، فيمكن إهمال الأمر فيه وإيجاب حفظه، ولو لم يكن صلاحاً له في بعض الأحيان.

والحاصل: أنّ الأولويّة ممنوعة، لو لم يقتض ما ذكره وجهها لها عدمها.

قوله ﷺ : «فالمشهور عدم اعتبار العدالة ، للأصل والإطلاقات»<sup>(١)</sup>.

أقول : ليث شعري ، ما الذي أرادته ﷺ من الأصل ؟

لأنه إن كان المراد الأصل العملي ، كما هو الظاهر وإن كان مخالفاً لمذاقه ، حيث أنه يورد كثيراً ما على من يرافقه مع الدليل ، كما لا يخفى على المستمع في كلامه . فالجاري في المقام ليس إلا حرمة التصرف في مال الغير ، فليقتصر في الخارج على القدر المتيقن المأذون من الشارع ، وهو الواجد لهذا الشرط ، والفاقد له مشكوك ، ومقتضى القاعدة الحرمة .

وإن أراد منه العموم المستفاد من الإطلاقات ، فلا وجه لانفراده بالذكر ، لأن ذكر الإطلاقات مغني عنه .

وإن أراد الأصل الأولي أعني إباحة كل شيء ، فمن المعلوم أنه انقطع بالنسبة إلى أموال الغير ، وصار الأصل فيها الحرمة ، كما لا يخفى .

نعم ، يمكن إثبات المدعى بدعوى السيرة القطعية المستمرة من زمان النبي ﷺ إلى زماننا هذا ، على عدم بناء المجتهدين والعدول على تفتيش سلوك آباء الأيتام معهم ، ومنعهم عن التصرف في ماله ، وجعله بمنزلة الأجنبي ، حيث ثبت عدالته ، بل لم يعهد إلى الآن عزل الأب عن مال طفله لفسقه ، وما حكاه عن «الوسيلة» و«الإيضاح» من الاستحالة ، ففيه منعها ، بل ندعي أن الحكمة البالغة تقتضي أن تُضَبَّ لمن لا يقدر على جلب نفعه ودفع ضرره قِيَمًا ، يقوم بأمره ، ويهتم به ، ولا يتوانى عنه ، وليس ذلك إلا آباءه ، لكونه أشفق به من كل أحد ، وأرغب بالإقدام على مشاق أمره ، وجعل الأجنبي ناظرًا عليه في أموره - ولو كان حاكمًا - لعله منافع للحكمة ، إذ دخل الأجنبي في الأمر ربما يصير منشأ للمساهلة والكسالة والإخلال ، فلا يعمل على وفق ما يؤدي إليه نظره غالباً .

نعم، لو ظهر عند الحاكم سلوكٌ على خلاف مصلحة الطفل، أو على نحو يضره، على الخلاف في المسألة، كما سيَتَّضح إن شاء الله، فعليه منعه عن التصرف الخاص، لا عزله مطلقاً.

وأمّا آية الرّكون، فالنّظر في دلالتها ظاهرٌ، لأنّ الرّكون إلى الظّالم أمّا مجرد الميل إليه، فلا ربط له بالمقام. وأمّا الاعتماد وتفويض الأمر إليه، وجعله أميناً، فهذا تكليفٌ تحريميٌّ متعلّق بالعباد، ولا يدلّ على أنّ الشارع لا يجعل الأمر بيد الفاسق، بل يدلّ على عدم جواز إيكال المكلفين الأمر بيده، فيدلّ على عدم جواز نصب الحاكم قيماً ظالماً، لأنّ الشارع لا ينصبّ الفاسق. اللهم إلّا أن يقال، إنّنا نعلم من النّهي كونه مشتملاً على مفسدة، فلا يصدر من الله تعالى.

وفيه: أنّ في النّصب قد يكون مصلحةً راجحةً - كما في ما نحن فيه - واضرارٌ بعضٌ في بعض المقامات غيرٌ مقتضى لحرمان الأيتام كلّيةً عن الانتفاعات، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «ويشهد للأخير اطلاق ما دلّ...»<sup>(١)</sup> الخ.

أقول: التمسك بهذه الأخبار، لجواز تصرف الأب في مال الطفل مطلقاً لا في صورة عدم المفسدة، بحيث يثبت له الولاية على الطفل، التي هي أحد المناصب الشرعية، لا يخلو عن تأمل، إذ الظاهر أنّها ليست في مقام بيان منصب الأب، بل هي مسوقة لبيان معاملة الأب مع الابن في ماله لأجل التصرف لنفسه، وأنّه يجوز للأب أكل مال الأبْن والتصرف فيه، وصرفه في عيشته، من غير فرق بين الأب الكبير والصغير، بل مورد الغالب منها خصوص الأول، وكيف كان فهي بين طائفتين:

منها: ما يدلّ على جواز التصرف في حاجته، بقدر ما يحتاج إليه، من غير سرف.

ومنها: ما يدلّ على أنّ مال الابن كلّ للأب، وأنّه بنفسه موهوب للأب.  
فأما الطائفة الأولى: فلا تدلّ على جواز التصرف في مال الطفل بغير ما يحتاج إليه، ولو كان صلاحاً للطفل، فضلاً عن صورة عدم المصلحة، لأنّ غاية مدلولها كون الأب ممن تجب نفقته على الأبن، وأنّه مأذون من قبل الشارع أن يأخذ من مال الطفل بقدر حاجته. ومعلوم أنّ هذه الطائفة أجنبيّة عن إثبات منصب الولاية.

وأما الطائفة الثانية: فهي أيضاً ليست في مقام إثبات الولاية، إلّا أنّها تدلّ على جواز التصرف في مال الطفل مطلقاً، ولو في صورة المفسدة، ولكن لا لأجل كونه وليّاً، بل لأجل أنّ جواز التصرف مطلقاً من آثار الملكية، فبعد إثبات كونه مملوكاً للأب يتبعه آثارها، ولا فرق في ذلك بين كون الابن صغيراً أو كبيراً.

وإذا عرفت ذلك، علّمت أنّ هذه الأخبار بظاهرها غير معمول بها، إذ لم يقل أحد بأنّ مال الابن ملك للأب حقيقةً، وهو بمنزلة عبده لا يملك شيئاً، فلا بدّ من أن تُصرف عن ظاهرها بحملها على مرتبة من الاستيلاء والألويّة، بحيث لا ينافي كونه مملوكاً للابن حقيقة، أو يحتمل على ما هو المتعارف عند العرف في الاستعمالات، حيث يقولون لأصدقائهم مراعاةً للآداب «أنا عبدك» و«ليس لي مالٌ بل كلّ مالك»، ولا يعنون بذلك حقيقته. فالإمام عليه السلام أشار بهذا الكلام إلى أنّه لا ينبغي للابن أن يُنازع الأب في ماله، ويعدّ ماله ملكاً لنفسه مستقلاً في عرض مال الأب، بحيث لا سلطنة للأب فيه، فالشارع نّه على أنّ الابن مع كونه موهوباً للأب، يُستهجن في نظر الشارع اظهار كونه مالكاً، بل الحرّيّ إيكال الأمر إليه، وعدم معارضته فيما يميل، وأنّه يجب إطاعته فيما يريد.

إن قلت: هذا المقدار من الألويّة والتعارف يكفي في إثبات الولاية،

خصوصاً بملاحظة تقديم نكاح الجدّ على الأب، معللاً بكون الأب وماله للجدّ.  
قلت: لو تمّ ما ذكر لدلّ على الولاية في حال الكبر أيضاً، كما هو مورد  
الأخبار، وهي معلوم الانتفاء بالنسبة إليها.  
وتوهم: تخصيصها بالصغير.

مدفوع: بأنّ سياقها آية عن التخصيص.  
اللهم إلا أن يقال، إنها تدلّ على كون الأب مختاراً في مال الطفل ما دام الطفل  
ممنوعاً عن التصرف، عقلاً أو شرعاً.

والحاصل: أنّ هذه الأخبار تدلّ على أنّ أمر الابن موكول إلى الأب، فإدام  
الابن ممنوعاً عن التصرف، يتصرّف فيه الأب ولاية عنه، وما دام متمكناً من  
التصرّف يباشر بنفسه، فالثابت منها مرتبة من الأولوية متحققة في جميع المراتب،  
سواء كان صغيراً أو كبيراً، ولكن هذه المرتبة تقتضي جواز التصرف في مال  
الصغير، - أعني غير المتمكّن من التصرف - دون الكبير المتمكّن منه. وعلى هذا  
فهي ساكتة عن بيان كيفية التصرف، وشرائط الجواز، فلا يجوز التمسك بها لإثبات  
الجواز في صورة عدم المفسدة مطلقاً كما لا يخفى، بل لا بدّ فيه من الاقتصار على القدر  
المتيقّن.

نعم، يمكن التمسك في المقام - أعني إثبات الجواز - في صورة عدم المفسدة، بما  
دلّ على جواز التصرف ما لم يكن مضاراً، إذ الظاهر منه كونه عليه السلام في مقام بيان  
شرائط جواز التصرف، فالإقتصار على هذه الصورة في الحكم بالفساد يدلّ على  
الصحة عند انتفاء الاضرار، سواء كان مشتملاً على المصلحة أم لا.

ويمكن المناقشة فيه: بورود الإطلاق مورد الغالب، إذ الجدّ لو لم يقصد  
الإضرار لداع من الدواعي يكون مراعيّاً لمصلحة الطفل غالباً، لغاية رأفته وشفقته،  
فالفرض الذي لم يكن مضاراً ولا بداعي مصلحة الطفل فرض نادر ليس الإطلاق  
ناظراً إليه، فافهم.

قوله ﷺ : «وَمِنْ أَنْ مَقْتَضَى قَوْلُهُ تَعَالَى «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ... الخ»<sup>(١)</sup>.

أقول: وجه الدلالة أن المراد بـ«بعضهم» ليس البعض المعين، لعدم القرينة ولا الغير المعين، فلا بد من حمله على كل بعض، فيكون بمنزلة «أولوا الأرحام كل بعض منهم أولى بكل بعض من غيرهم»، ويكون هذا الكلام نظير «المؤمنون بعضهم أولى ببعض»، إذ معناه ولاية كل منهم على الآخر، فيما يحتاج إلى ولي، إلا أنه لما علم من الآية أن مناط الولاية الرحمة، فكل رحم كان أقرب فالولاية له، فالآية بملاحظة المناط تدل على تقديم الأقرب، فافهم.

\* \* \*

## [ولاية عدول المؤمنين]

قوله ﷺ : «فَإِنْ وَجِبَ إِصْلَاحُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَمُرَاعَاةُ غَبْطَتِهِ ، لَا تَرْتَفِعُ عَنِ الْغَيْرِ بِمَجْرَدِ تَصَرُّفِ الْفَاسِقِ»<sup>(١)</sup>.

أقول : ويدلّ على وجوب إصلاح مال اليتيم ، ومراعاة غبطته في الجملة ، قوله تعالى : «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ»<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى : «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»<sup>(٣)</sup>.

وأما دلالتها على ما ذكرنا ، خصوصاً الآية الأخيرة منها فواضحة ، ولكنّ توجهها بالنسبة إلى كلّ أحد ، حتّى من ليس مبتلياً بأموال اليتامى في محلّ المنع ، لأنّ الظاهر من الآية الأولى أنّها مسوقة لبيان تكليف المتعرّضين لأموال الأيتام ، وأنّ من تصدّى أمر اليتيم فعليه إصلاح ماله ومراعاة حاله ، ولا دلالة لها على وجوب التصدّي على كلّ أحدٍ ، حتّى يجب عليه الإصلاح.

---

١ - كتاب المكاسب : ١٥٦ سطر ٢٤ .

٢ - سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

٣ - سورة الانعام : آية ١٥٢ .

وكذلك الثانية، حيث أنها مسوّقة لنهي المباشرين لأموال اليتامى عن تصرفهم على وجه غير أحسن، وهي لا تدلّ على وجوب التصرف على المباشرين، فضلاً عن غيرهم، لأنّ غاية مدلولها حرمة التصرفات التي ليس بأحسن، وأما وجوب التصرفات التي هي أحسن فلا.

نعم، تدلّ على أن شرط جواز التصرف كون التصرف أحسن، فمراعاة الأحسنية حال التصرف واجب، إذ بدونها ينفي الجواز، وهذا هو المراد بالإصلاح، فالآية لا تدلّ إلا على وجوب الإصلاح على المتصدّين لأمر اليتيم، حال اختيارهم التصرف في ماله.

نعم لو قلنا: بأن ترك التصرف منهم أيضاً تصرف، كما هو بعض المحتملات التي ذكرها المصنّف رحمه الله، عم الوجوب لحال الترك أيضاً.

وكيف كان، فالآية غير متوجّهة على غير المباشرين لأموال اليتامى ولا يتبلي بها أصلاً، لأنّ نهيهم مستهجن عرفاً، وإذا لم يتوجّه الّهي إليه كيف يُستفاد من الآية وجوب الإصلاح عليه؟

والحاصل: أن الآيتين غير ناهضتين على إثبات وجوب الإصلاح على كلّ أحد، نعم يجب على المسلمين من باب الحسبة كفاية القيام بأمره، ما لم يكن له وليّ أو قيم، وكفاك في ذلك دليلاً قوله ﷺ «عَوْنُ الضَّعِيفِ أَفْضَلُ الصَّدَقَاتِ»<sup>(١)</sup>، ومعلوم أن الحاجة إلى المعاونة والاتّصاف بالضعف، ما لم يقم بأمره قائم، وأما بعد قيامه فلا، وبعد القيام يتحقّق موضوع وجوب الإصلاح، فيجب على هذا القائم فقط مراعاة الحال، والإعانة الواجبة بحكم العقل والنقل المسبّب وجوبها عن الضعف، ليس إلا حفظ نفس الضعيف وأمواله عن التّلف والضياع، ومعلوم أن وجوب الحفاظ إنّما هو بعد إحراز كونه ضعيفاً، وأنّ نفسه وماله في عُرضة التّلف والضياع، وأما ما لم



يَحْرُزُ ذَلِكَ، فَلَا يَعْلَمُ بِتَوَجُّهِ الْخُطَابِ إِلَيْهِ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ مَالُ الْيَتِيمِ فِي يَدِ مَنْ هُوَ مَجْهُولُ الْحَالِ الْقَائِمُ بِأَمْرِهِ، لَا يَجِبُ تَفْتِيْشُ حَالِهِ مِنْ أَنَّهُ فَاسِقٌ أَوْ عَادِلٌ<sup>(١)</sup>.

وهذا بخلاف ما يظهر من المصنّف رحمه الله حيثُ أنَّ مقتضى كلامه وجوب التفتيش حتى يقطع بفراغ الذمّة، إذ كما أنَّ التّكليف الثّابت لا يرتفع بمجرد تصرّف الفاسق، كذلك لا يرتفع بمجرد تصرّف من هو مجهول الحال، بل الارتفاع بقيام العادل أيضاً لا يخلو عن تأمل، إذ لا منافاة بين كونه عادلاً، وأنّ التصرّف على خلاف المصلحة في الواقع. غاية الأمر أنّه بمقتضى عدالته يتخيّل كونه ذا مصلحة، ومعلوم أنّ هذا القيام غير مقتضى لرفع التّكليف المنجز.

اللّهم إلّا أن يتمسّك هنا بالسّيرة وغيره.

والحاصل: أنّ الشكّ في كون المال في غرضة التّلف، يكفي في نفي التّكليف، كما لو شكّ في أصل وجود اليتيم، وكما لا يجبُ الفحص هناك، لا يجبُ الفحص هنا، لاتّحاد المناط، وهذا بخلاف ما لو كان في يد فاسقٍ فإنّ مقتضى ما ذكرنا وجوب مراقبته، أو أخذه منه، لكونه في معرض الضّياع، لأنّ نفس وجود المال عند مَنْ لَا يُبَالِي بدينه، في معرض التّلف، وأمّا مجهول الحال، فلاحتّال كونه عادلاً، يُشكّ كونه في معرض الضّياع، لأنّه على فرض عدالته ثقة مأمون.

ثمّ أنّ بعد مطالبة العادل المال من الفاسق، هل على الفاسق إجابته أم لا؟

١ - ويؤيد الفرع المذكور، ما استقرّت عليه السّيرة من عدم تفتيش العلماء والعدول حال القائمين بأمر الطفل، لو جهل حالهم، ويكشف عن تحقّق السيرة أنّا ما سمعنا بهذا ولا رأينا إلّا عن بعض المتلبّسين بلباس العلماء، الذين يريدون أن يأكلوا أموال اليتامى ظلماً، وليس لهم مستندٌ يتشبّهون به لدفع إيراد العوام، يفتشون عن عيوب النّاس كي يُظهر لهم فسقهم، ويستندون إليه أخذهم ثم يأكلونه «إنّما يأكلون في بطونهم ناراً»، ولعلهم يقنعون في هذا المقام بأدنى فسق ولو صغيرة، أعاذنا الله وجميع المسلمين من تسويلات النّفس ومتابعة الهوى (منه رحمه الله).

وجهان :

من أنه كالعادل ، أحد الأشخاص التي يجب عليها القيام بذلك المعروف كفايةً ،  
فيقوم بأمره ، ويعمل على وفق مصلحته ، لو كان مطمئناً من نفسه في حفظه . نعم يجب  
عليه دفعه إلى العادل ، لو لم يطمئن من نفسه . غاية الأمر أنه يجب على العادل من  
حيث تكليف نفسه مراقبته اداءً لتكليفه .  
ومن أن الأمر بالمراقبة حَرَجٌ على العادل ، منفيٌّ في الشريعة ، وابقائه تحت يد  
الفاسق في معرض الضياع .



## [في بيان قاعدة حمل فعل المسلم على الصّحة]

قوله ﷺ: «ولا يُجدي هنا حملُ فعل المُسلم على الصّحيح...»<sup>(١)</sup> الخ.

أقول: تحقيق المقام يحتاج إلى تنقيح مجرى القاعدة.

فنقول: هذه القاعدة بحسب الظاهر من القواعد المسلّمة، ولكن لم نجد لهذه القاعدة من الأخبار مدركاً صحيحاً حتّى يُبحثَ وبيّن مقدار مدلولها، وما ذكره مدركاً من نحو «إحمل فعل أخيك على أحسنه»<sup>(٢)</sup>، و«لا تظنن بأخيك السوء» وغير ذلك، غيرُ ناهضٍ لإثبات ما نحن بصدده، كما لا يخفى على المتأمل، فالعمدة في المدرك، بحيث يصحّ الركون إليه، هو الإجماع والسيرة القطعيّة، وأنّه «لولا ذلك لم يقم للمسلمين سوق»<sup>(٣)</sup> وأنّ نفيها موجب لاختلال نظامهم.

وليعلم أولاً: أنّ مجرى هذه القاعدة ليس خصوص فعل المسلم، بل أنّها كما تجري في فعل المسلم، كذلك تجري في فعل كلّ عاقلٍ شاعرٍ كان بصدد إيجاد فعل

---

١- كتاب المكاسب: ١٥٦ سطر ٢٤.

٢- وسائل الشيعة: ج ١٢ باب ١٦١ ص ٣٠٢ وفيه: «ضع أمر أخيك...».

٣- وسائل الشيعة: ج ٢٧ باب ٢٥ ص ٢٩٢.

صحيح، ويرشد إلى ذلك استدلال بعضٍ من أن الظاهر من حال العاقل الشاعر أن يُوجد الفعل صحيحاً، فهي من باب تقديم الظاهر على الأصل.

وهذا بحسب الظاهر ممّا لا إشكال فيه، بلا خلاف بين العلماء، بل العقلاء في ذلك ألا ترى أنّه لو تنازع الكافران، أو مسلمٌ وكافر في صحّة العقد الصادر عنهما، يُقدّم قول مدّعي الصّحة.

نعم، لو قلنا بتماميّة بعض الأخبار المذكورة في هذا الباب، لا يثبت به إلّا جريانها في فعل المسلم، فيحتاج حينئذٍ لإثباته في غيره إلى غيرها، ولعلّ - هذا أعني إيراد خصوص لفظ «المسلم» أو «الأخ» في الأخبار - هو النكته في تعبير العلماء رضوان الله عليهم بفعل المسلم، مع أن المجزئ عندهم أعمّ، أو أن الغالب ابتلاء المسلم بأفعال المسلمين دون غيرهم.

وكيف كان، فليس المهمّ علينا التّعريض لبيان ذلك، بعد وضوح المدّعى إنّما المهمّ تشخيص مجاريها، بحيث يُرجع إليه عند الشكّ، لأنّ كلمات العلماء التي هي العمدة في الباب في غاية الاضطراب، ألا ترى أنّهم يقولون فيما لو زوج المدّعي امرأة وباع داراً وغير ذلك، لو أنكر الموكل الإذن يُقدّم قول الموكل، لأنّ الأصل عدمه، مع أن مقتضى صحّة العقد تقديم قول الوكيل، وكذا غيرها من الموارد التي يجدها المستبّع، فاللّازم حينئذٍ هو التتبّع التام في كلمات علمائنا قدّس الله أسرارهم، حتّى يظهر من اجرائهم لهذا الأصل في الموارد الجزئية ضابطة تكون هي المعتمد عليها في تشخيص الصّغريات.

والذي يقتضيه التدبّر والإنصاف أنّ القدر المتيقّن منها - بحيث يُساعد عليه كلمات العلماء، بل لا نظنّ ثبوت أزيد من ذلك، ولو بعد الفحص والبحث - هو أن كلّ فعل يكون في نوعه فردان صحيحٌ وفاسدٌ، ويكون محتملاً لأن يكون ذلك هو الفرد الصحيح إذا صدر من عاقلٍ شاعرٍ، فليحمل على الفرد الصّحيح، بمعنى أنّه يترتّب على ذلك الفرد الآثار المجعولة شرعاً للفرد الصّحيح، من حيث أنّه فعلٌ

صحيح، ولا يثبت به موضوع آخر مطلقاً، سواء كان ذلك الموضوع شرطاً لصحة ذلك الفعل أو فعل آخر أو شرطاً، لترتب أثر على ذلك الفعل الصحيح، ومعلوم أن صحة كل شيء بحسبه، فصحة الإيجاب عبارة عن كونه قابلاً لصيرورته جزءاً للعقد الصحيح، بمعنى أنه لو انضم إليه القبول لأثر العقد أثره، وكذا صحة العقد في بيع الصّرف عبارة عن أنه لو تعقبه القبض في المجلس لحصل انتقال كل من العوضين إلى ملك الآخر، فمجرد الحمل على الصحيح لا يحكم بحصول الانتقال.

نعم، يحكم ذلك لو أجرينا الأصل في نفس المعاملة الخارجية دون العقد، فافهم، نظير صحة الأجزاء والشّرائط في العبادات، فاللّازم حينئذٍ مراعاة ذلك الأثر المقصود ترتيبه، فإن كان مترتباً على نفس هذا الفعل، من حيث كونه صحيحاً، يترتب عليه، وإن كان موقوفاً على إحراز عنوان آخر وراء صحة ذلك الفعل، فلا يترتب عليه، ولو كان ذلك شرطاً للصحة، مثلاً جواز اقتداء المأموم فرع صحة صلاة الإمام، فلو شك في صحتها، لأجل كونها جامعة للشّرائط أو فاقدة لها، يحمله على الفرد الصحيح، فيرتب عليه جواز الاقتداء، ولكنّه لا يثبت بذلك عناوين الشّرائط المشكوكة، فلو كان لإحراز نفس العنوان مدخلة لجواز الاقتداء، كما لو قلنا بأن جواز الاقتداء يتوقف على إحراز كون الإمام متطهراً، فالمرحز لا يجوز الاقتداء، وإن كان مستحقاً للأجرة - لو كان أجيراً - أو كان ذلك العنوان موضوعاً لحكم آخر - كما لو نذر أن يعطي من صلى متطهراً درهماً - فلا تبرء ذمته باعطائه من صلى وهو شاك في كونه كذلك، بمجرد أصالة الصحة، أو كون الشرط شرطاً لصلاة المأموم أيضاً كالقبلة، فيحمل فعله على الصحيح، لا يحرز كون الجهة التي توجه إليها امامه قبله، لو كانت مشكوكة حتى يجوز له التوجه إليها كإمامه.

وبما ذكرنا ظهر وجه تقديم قول المالك لو أنكر الإذن، إذ باجاء أصل الصحة في فعل الوكيل لا يحرز عنوان الوكالة، وكونه مأذوناً من المالك، إذ ليس الأذن من آثار الصحة، بل الصحة مسببة عنها، ومن البين أن صحة فعل الوكيل من حيث هو

فعله لا يترتب عليه أثر لفعل الغير بالنسبة إلى انتقال مال أحد، بل الانتقال لابد إما أن يكون بفعل المالك أو القائم مقامه. وقد عرفت مراراً أن الأصل غير مثبت لارتباط العقد إلى المالك.

نعم، لو ادعى المشتري انتفاء الاذن، لا يُسمع بل يُقدّم قول مدعي الصحة، لأن صحة الشراء من آثار جواز تصرف الوكيل وصحته، ولا يحتاج في ذلك إلى إحراز عنوان الاذن، لأن صحة المبادلة الصادرة عن المتبايعين معناها أن انتقال كل من البديلين إلى مكان الآخر ممضى ونافذ شرعاً، ولا يحتاج ذلك إلى إحراز عنوان آخر أصلاً.

نعم، صحتها مشروطة بكونه مأذوناً من المالك كسائر الشرائط المعتمدة في الفعل الصحيح كالوضوء للصلاة، ولكن ليس إحراز العنوان من حيث هو معتبر. اللهم إلا أن يقال: إن جواز الشراء فرع إحراز كون البائع مالكاً أو مأذوناً من المالك، وكونه راضياً بذلك، إذ لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه، فلا بد من إحراز طيب نفس المالك، وكذا ارضاء المالك. وبعد ما بينا أنه لا يُحرز العنوان بالأصل، فالأصل عدمه<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يتمسك لإثبات كلا شقي هذه المسألة بوجه آخر وهو أن يقال: بأن المشتري لو ادعى انتفاء الاذن، ليس ناظراً إلا إلى إبطال العقد، مستنداً إلى انتفاء الشرط، فحل النزاع أولاً وبالذات ليس إلا في أن العقد هل وقع صحيحاً أم باطلاً، ومن البين أنه يُقدّم على ذلك قول مدعي الصحة، وهذا بخلاف ما لو أنكر المالك الاذن، فإن النزاع أولاً وبالذات في أن الوكيل هل كان مأذوناً في التصرف أم لا وليس العقد ملحوظاً عندهم حتى يدعى صحته أو فسادة ويقدم قول مدعي

١ - ولكن الإنصاف أن ذلك خلاف ما يقتضيه التأمل، ويرشد إلى ذلك الحكم بالصحة في مسألة الفضولي، وأنه لازم من طرف الأصيل. ومن المعلوم أن المشتري فيما نحن فيه لا يقصر حاله عن حال الأصيل مع الفضولي، فتأمل (منه رحمه الله).

الصحة، لأن التقديم إنما هو فيما كان النزاع في الصحة والفساد.

وأما لو كان النزاع في شيء آخر، بحيث يترتب عليه الفساد أو الصحة فلا.  
واعلم أنا ذكرنا في صدر المبحث أنه لا بد أن يكون الفعل الذي يُحمل على الصحيح، في نفسه صالحاً لأن يُتَّصف بكل من الوصفين، وذلك للاحتراز عن مثل الغسل والإصلاح، لأن الشكّ فيهما ليس إلّا في أصل وجودهما، لا وجودهما على الوجه الصحيح. نعم لو اعتبر الشارع في تأثيره شرائط، كأن يكون الغسل مرتين أو يكون على نحو خاصّ، يُحمل على الصحيح لو أحرز كونه قاصداً لإيجاد الغسل الشرعي.

وهنا فروع:

منها: مَنْ لا يقدر على الوضوء، لا يُحكم بأصالة صحة وضوء الغير له أنه متطهّر وأنّ ذمته فارغة عن التكليف بالوضوء. نعم يستحقّ الغير الأجرة، هذا إذا قلنا بأنّ تكليف العاجز هو التطهير بالتسبيب.

وأما إذا قلنا بأنّ تكليف العاجز ليس إلّا الاستنابة، وأنّ تكليف النائب إيجاد الوضوء الصحيح له، يبرء ذمته بذلك بعد إحراز كونه في مقام أداء تكليفه، وليس عليه حينئذٍ إحراز شرائط الوضوء من الموالاة والترتيب وغير ذلك.

ومنها: أنه لا تبرء ذمة المنوب عنه بفعل النائب الفاسق، ما لم يعلم كون الفعل بعنوان النّيابة، ولو أخبر بقصده، لأنّ إخباره غير معتبر شرعاً.  
نعم يستحقّ الأجرة بالفعل لو ادّعى كونه بقصد النّيابة.

ومنها: أنه لو صَلَّى فاسق صلاة الميّت يسقط عن الغير وجوبه، بحمل فعله على الصحيح بعد إحراز أصل الصلاة، وأما لو شكّ في كونه مُصلياً أو مستهزئاً أو موجدّاً لصورة الصلاة لغرضٍ من الأغراض كتعليم الأطفال وغير ذلك، فلا يُحمل إلّا على عدم كونه محرّماً، ولا يسقط بذلك التكليف عن أحدٍ، وفي قبول قوله لو أخبر بكونه مُصلياً إشكال.

ومنها: أنه لو سمع من أحدٍ كلاماً لا يدري أنه تحيةٌ أو فحشٌ، لا يثبت وجوب ردّها، لأجل حمله على الصحيح.

إذا عرفت ما ذكرنا، ظهر لك حكم ما كنّا بصدده من أنه إن قلنا بأنّ المكلف بالإصلاح ليس إلّا من يباشر مال اليتيم ويُراعي حاله - كما قوينا سابقاً - وأنه كلّما ساغ البيع جاز الشراء، فلا تأمل في إحراز الشرط، بحمل فعله على الصحيح، إذ ليس المشتري على هذا التقدير مُكلفاً بالإصلاح<sup>(١)</sup>، وكونه مكلفاً بعدم تمكين الفاسق من التصرف غير مقتضى لإبطال تصرفه، وإنما يقتضي ذلك عدم جواز اداء ثمنه إليه.

وأما إذا قلنا بأنّه لا يجوز الشراء إلّا إذا أحرز كونه صلاحاً، أو كون البيع ممّن هو قائمٌ شرعاً مقام المالك، أو غير ذلك من العناوين، فلا يصحّ الشراء منه، بل من المجهول الحال أيضاً، لما عرفت مراراً أنّه لا يُحرزُ بأصل الصحة عنواناً من العناوين. ومثل ما نحن فيه بيع الوقف، والمعاملة مع مَنْ شكّ في بلوغه فإنّ قلنا بأنّه يجب على المشتري في إحراز كون البيع من الصّور المستثنيات، وكذا كون البائع بالغاً، لا يحرز بأصل الصحة شيئاً منهما.

وإنّ قلنا بأنّ جواز الشراء فرع صحّة البيع، فلا مانع من جريان الأصل، لإحراز صحّة الشراء.

والمعيار في وجوب إحراز شيء من العناوين على المشتري، أو البائع، أو غيرهما ممّن يبتلى بشيء ممّا في يدهما من الثمن والمثمن، هو ما يستفاد من أدلّة جواز ذلك الفعل، فافهم وتأمل فإنّ المقام من المهمّات.

قوله ﷺ: «نعم، يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو

١ - وتوهم كونه كالبايع متصرفاً في مال اليتيم مدفوعاً بأنّ تصرف المشتري إنّما هو في ملكه لا في ملك البائع (منه رحمه الله).



الضرر، لا أن مناط الجواز هو النفع»<sup>(١)</sup>.

أقول: غاية ما يستفاد من الروايات، جواز التصرف في مال اليتيم فيما يتوقف المخالطة عرفاً عليه في صورة عدم الضرر، ولا يلزم مراعاة المصلحة في ذلك، فهذا التعميم إنما هو للمخالطين المحشورين مع الأيتام، وأما جوازه لغيرهم في صورة عدم المصلحة، فإثباته من الأخبار لا يخلو عن تأمل، وكذا في غير ما يتوقف المخالطة عليه.

\* \* \*

## [في احكام الاراضي]

قوله ﷺ: «نعم أبيع التصرف فيها بالأحياء بلا عوض...»<sup>(١)</sup> الخ.  
أقول: هذا الحكم، أعني سببية الأحياء لإباحة التصرف، بل لحصول الملكية في الجملة، مما لا إشكال فيه، بل الإجماع عليه على ما حكى، مضافاً إلى النصوص المستفيضة، لو لم تكن متواترة الدلالة على أن «مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»<sup>(٢)</sup>.  
أما الإشكال في أن الأحياء هل هو سبب تام بحيث لا يتوقف حصول الملكية إلا عليه، أو هو كسائر الأسباب الشرعية مثل البيع والصِّلح والهبة وغير ذلك يتوقف تأثيرها على طيب نفس مالِكها، وبعدها عرفت عدم الخلاف في كونها ملكاً للإمام ﷺ، واستفاضة دعوى الإجماع على ذلك؟  
لا يخفى عليك أن الحكم بكون الأحياء سبباً تاماً منافٍ لأدلة الطَّيب وسلطنة النَّاس على أموالهم، فرفع اليد عن هذه الأدلة مشكَّلٌ، وتقيد أدلة الأحياء وإثبات

١- كتاب المكاسب: ١٦١ سطر ١٧.

٢- وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ٢ ص ٤١٣.

صدور الاذن عنهم ﷺ بحيث يشمل المخالف أشكل، مع أن النسبة بين الطائفتين من الأخبار عموم من وجه، فتقديم أحدهما على الآخر لابد له من مرجح، والإلتجاء بفهم الأصحاب رضوان الله عليهم غير مغني في المقام، حيث أن كلماتهم مضطربة: فإن منهم من التزم باعتبار الإذن مطلقاً، وادّعى صدوره عنهم ﷺ.

ومنهم من نصّ على إلغاء اعتبار الاذن في زمان الغيبة، ولعلّ هذا هو المشهور بينهم، بل إدّعى الإجماع عليه من غير واحد، وأما اعتباره في زمان الحضور، فالظاهر أنه إجماعي.

وعلى هذا فيشكل التوفيق بفهم كلماتهم أيضاً، لأنه إن قدّمنا أدلة الطيب فلا وجه لإلغاء الاذن في زمان الغيبة، وإن قدّمنا أدلة الإحياء وظهورها في السببية التامة، فلا وجه لاعتباره في زمان الحضور.

ولنذكر أولاً شطراً من الأخبار الدالة على كون الإحياء سبباً للملك، ثم نتكلم في الجمع بينهما وبين أدلة الطيب:

منها: ما عن طرق العامة، عن سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «من أحي أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»<sup>(١)</sup>. ومنها: بطرقهم أيضاً عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيى أرضاً ليست لأحد فهو أحقُّ بها»<sup>(٢)</sup>. ومنها: أيضاً عن سمرّة قال رسول الله ﷺ: «من أحاط حائطاً على أرضٍ فهي له»<sup>(٣)</sup>.

ومن طرق الخاصة: ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا ميتاً من الأرض أو عمّروها فهم أحقُّ بها وهي لهم»<sup>(٤)</sup>.

١ - السنن الكبرى: ٦ / ١٤٣.

٢ - السنن الكبرى: ٦ / ١٤٧.

٣ - السنن الكبرى: ٦ / ١٤٨.

٤ - وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١٢. وفيه: «أحيوا شيئاً...».

وعن السكوني عن الصادق عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ: «مَنْ غَرَسَ شَجْراً، وَحَفَرَ بئراً وادياً بدياً لم يَسْبِقْهُ أَحَدٌ إِلَيْهِ، أو أَحْيَا أرضاً مَيِّتَةً فهي له قِضَاءً مِنْ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ ورسوله» (١).

وفي الحسن، عن زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير، وفضيل وبكير وحرمان وعبد الرحمن، عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَحْيَى مَوَاتاً فَهِيَ لَهُ» (٢).

هذه جملة من الأخبار ظاهرة في كون الأحياء سبباً تاماً للملكية، مِنْ غير توقُّفه على أمر آخر.

ويظهر من المحكي عن العلامة «أعلى الله مقامه» تسليم الظهور، ولكن صرفها إلى ما لم تكن الأرض الموات لأحدٍ بقرينة بعض الأخبار المقيّدة حيث قال في «التذكرة»:

«وقال الشافعي إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام، وبه قال أبو يوسف ومحمد لظاهر قوله عليه السلام «مَنْ أَحْيَى أرضاً مَيِّتَةً فهي له»، ولأنّ هذه عين صاحبه فلا يفتقر إلى إذن الإمام عليه السلام كالاختطاب والاحتشاش، والخبر مقيّد بغير المملوك لقوله عليه السلام في رواية أخرى «مَنْ أَحْيَى أرضاً مَيِّتَةً ليست لأحد»، وفي أخرى في حق غير مسلم وذلك يوجب تقييد مطلق حديثه.

وعندنا أنّ الموات للإمام عليه السلام فافتقر إلى إذنه عليه السلام» انتهى.

أقول: ولعمري أنّ هذا التقييد مطلقاً، حتّى بالنسبة إلى الموات الأصلي الذي هو ملكٌ للإمام عليه السلام مستهجنٌ عرفاً، إذ بعد تسليم عدم تحقّق مواتٍ بلا مالك، يستلزم لغوية هذه الأخبار الكثيرة، لخلوها عن المورد، بل اللازم حمل الأخبار

١ - وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١٣.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١٢.

المقيّدة - لو صحت - على الموات بالعَرَض، بل هذه الأخبار أيضاً بنفسها تشهد على هذا الحمل، لظهورها في وجود مصاديق في الخارج يتعلّق بها حقُّ أحدٍ، فيكون الإحياء فيها سبباً تامّاً، وهذا منافٍ لما ذهبنا إليه، ومقتضاه خلوّ هذه الأخبار أيضاً عن المورد.

والذي يظهر في نفسي أظهرية هذه الأخبار في سببية الإحياء للملكية في الموات بالأصالة مِنْ مطلقاتها، فبعد ما ثبت مِنْ نصٍّ أو إجماع أنّ الموات بالأصالة ملكُ الإمام (عليه السلام) يتعيّن صرف التقييد إلى غيرها، والالتزام بكون الإحياء سبباً تامّاً في الموات الأصلي، ولو كان ملكاً للإمام (عليه السلام)، قضاءً من الله ورسوله. فالألزام حينئذٍ بمقتضى هذه الأخبار أمّا الالتزام بثبوت الاذن منهم (عليهم السلام) واقعاً لكلِّ أحدٍ، بحيث لا يتوقّف الإحياء بعد ذلك على كلِّ شيء، ويكون مؤثراً متى تحقّق.

أو دعوى سقوط اذنهم (عليهم السلام).

هذا ما يقتضيه التأمل في أخبار الباب.

وأما معارضتها لأخبار الطّيب وسلطنة النّاس على أموالهم، فالأقوى أيضاً تقديمها عليها، وإن كانت النسبة بينهما عموماً من وجه، لأظهريتها في المدعى، أعني كون الإحياء سبباً تامّاً، خصوصاً بملاحظة كثرتها وصدورها عنهم (عليهم السلام) مِنْ غير تقييد، وإن كانت تلك معتزدة بحكم العقل، أعني قبح التصرف في مال الغير مِنْ دون رضاه، لأنّ حكم العقل تعلقيٌّ منوطٌ بعدم ترخيص السلطان الحقيقي والمالك على الإطلاق، فتقضى الله تبارك وتعالى بالجواز يرتفع حكم العقل، كأكل واجب الثقة مال مَنْ يجب إنفاقه عليه، والمأز لما هو على طريقه.

ولا يخفى عليك أنّه لا يقاس ذلك على أدلّة سائر الأسباب كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وغيرها مِنْ حيث تقديم أدلّة الطّيب عليها، إذ لا ظهور لها في كونها سبباً تامّاً بحيث يصادم ظهور أدلّة الطّيب، وهذا بخلاف ما نحن فيه،

ضرورة قضية الشرطية لذلك، مضافاً إلى القرائن التي أومأنا إلى بعضها، فافهم وتأمل.

ويحتمل قوياً استظهار الاذن منهم عليهم السلام في إحياء الأرض من هذه الأخبار الصادرة عنهم عليهم السلام، وعدم رضاهم ببقاء الأرض مخروبة للمخالفين، كما قوّاه بعض متأخري المتأخرين، بل ربما تُنسب إلى شيخ مشايخنا المرتضى قدس الله نفسه الزكية الطاهرة، إلا أنه يبعده تصريح كثير، بحيث ادّعى الإجماع عليه بعدم جواز الاحياء، إلا مع الاذن في زمان الحضور، وعدم توقّفه عليه في زمان الغيبة، لأنّ مرادهم إن كان توقّفه على اذن خاصّ مغاير لهذا الاذن فلا وجه لاعتباره، وإن كان مطلق الاذن فهو حاصل، ولا وجه للفرق بين الزمانين لا يخفى.

اللهمّ إلا أن يدعى اعتبار الاذن الخاصّ في زمان الحضور، زائداً على هذا الاذن، وهو بعيد في الغاية.

نعم، يمكن دعوى استفادة الاذن منها بالنسبة إلى زمان الغيبة، وعدم التمكن من الوصول إلى الإمام عليه السلام، بتقريب أن يقال:

إنّ الاستفادة منها كون الاحياء محبوباً لهم، وراضياً بفعله مطلقاً، ما لم يتمكن المحيي من الاستيذان منهم، لعلمهم عليهم السلام بأنّ زمان قصور اليد والغيبة أطول بمراتب من زمان الحضور وبسط يد الإمام عليه السلام، بحيث يتمكن كلّ أحدٍ من الاستيذان منهم عليهم السلام، ففقتضى إطلاق الكلام، ومحبوبة الاحياء مطلقاً، ثبوت الاذن، وتحقيق الطيب بالنسبة إلى هذا الزمان الطويل على فرض اشتراط الاذن.

وهذا بخلاف زمان الحضور، فإنّ المحبوبة المطلقة غير منافية لتعليق الإباحة على شرط ممكن الحصول. وكذا الإطلاق غير مستهجن حينئذٍ، حيث أنّ التقييد منحصر في زمان الحضور. وأما بالنسبة إلى زمان الغيبة وإن كان مشروطاً أيضاً، إلا أنّ وجود الشرط يُخرج الإطلاق عن الاستهجان العرفي، فافهم وتأمل فإنّ المقام حريّ كذلك.

ثم أنا لو قلنا بتكافؤهما من حيث الظهور، وعدم استفادة الاذن منها، فالظاهر أيضاً ترجيحها في مورد التعارض، بفهم الأصحاب، وذهاب المشهور إليه، حيث أفتوا بكون الإحياء سبباً للملك في زمان الغيبة من دون توقّفه على الاذن. نعم أدلة الطيب بالنسبة إلى زمان الحضور، للإجماع على توقّفه على الاذن في ذلك الزمان.

ولا تنافي بين الترجيحين بعد مساعدته، لأنّ مرجعه إلى تقييد أدلة الطيب في زمان الغيبة، وأدلة الاحياء في زمان الحضور.

ثم أنا لو قلنا بالتكافؤ مطلقاً، وإجمالها في مورد التعارض فالمرجعُ حكمُ العقل بقبح التصرف في مال الغير من دون رضاه، فاللازم حينئذٍ استفراغ الوسع في الأخبار الدالة على الاذن والرضا بأكل ما لهم، والبحث عن مقدار مدلولها:

فمنها: ما في مصحّحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديثٍ طويل: «الأرض كلّها لنا وما أخرج منها فهو لنا، وكلّما كان في أيدي شيعتنا فهم فيه محلّلون، فيحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيحبهم طشق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم، حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم عنها صغرة»<sup>(١)</sup>.

ومنها: مصحّحة أخرى عن أبي عبد الله عليه السلام: «وكلّ من وإلى آبائي فهم في حلّ ممّا في أيديهم من حقّنا، فليبلغ الشاهد الغائب»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: رواية يونس بن يعقوب قال: «كنتُ عند أبي عبد الله عليه السلام فدَخَلَ رجلٌ من القمّاطين، فقال جُعِلْتُ فداك تقع في أيدينا الأرباح، والأموال، والتّجارات، نعرف أنّ حقّك فيها ثابتٌ، وأنا عن ذلك مقصّرون؟

١ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٨.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٧.

فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما أنصفناكم إن كلفناكم ذلك اليوم»<sup>(١)</sup>.

ومنها: مُصَحَّحَة زُرارة وأبي بصير ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام: «هَلَكَ النَّاسُ فِي بَطُونِهِمْ وَفُرُوجِهِمْ، لِأَنَّهُمْ لَمْ يُؤَدُّوا لَنَا حَقًّا، أَلَا وَأَنْ شِيعَتَنَا عَنْ ذَلِكَ وَأَبَائِهِمْ فِي حِلٍّ»<sup>(٢)</sup>.

وغير ذلك من الأخبار المذكورة في كتاب الخمس.

ولا يخفى أن كثيراً من هذه الأخبار واردة في تحليل الخمس، وهذا وإن لا يقتضي تخصيص التحليل، إلا أنها موهونة لعدم كونها معمولية في موردها لمعارضتها بما هو أقوى منها الدالة على وجوب ردّ الخمس، وعدم جواز حبسه، فاللزام حينئذٍ صرف هذه الأخبار، إما بتخصيصها في موردها الخاص، أو بحملها على المناكح والمساكن - كما يظهر من بعض العلماء - أو بحملها على مرتبة من الحل التي يتوقف بها طيب الولادة، لا إباحة مطلقة بحيث يجوز التصرف مطلقاً، كما أنه قد يتصور الإنسان أن يتجاوز عَمَن ظَلَمه وَعَن مَنْ سَيَظَلَمه فيما بعد، بمعنى أنه يجعله في حلّ حتى لا يُحرق بالنار، فهو لا يرضى بدخوله النار لأجل ظلمه، لا أنه يُبيح الظلم في كلّ وقت.

هذا، ولكنّ الإنصاف أن بعض الأخبار دالة على إباحة الأراضي، إلا أنّها مختصة بالشّيعَة، مع أنه لا إشكال بل لا خلاف في أن أحياء المخالف أيضاً للملك.

اللهم إلا أن يدعى أن الأرض حقيقة لا تصير ملكاً لهم بالاحياء، كما يظهر من بعض الأخبار أن كسبهم فيه حرام، إلا أن تقرير مذهبهم والمباشرة معهم يقتضي امضاء فعلهم، والمعاملة معهم معاملة الملك، لا أنه ملك لهم حقيقة،

١ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٥.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٣.



وليس الإجماع الثابت في المقام ناهضاً على إثبات الأزيد من ذلك، أعني الملكية الصورية.

هذا، واستدلّ في محكي «جامع المقاصد» على سقوط اعتبار الاذن في زمان الغيبة باستلزامه امتناع الاحياء حيث قال:

«ولا يخفى أنّ اشتراط اذن الامام عليه السلام إنما هو مع ظهوره، وأمّا مع غيبته فلا وإلا لا تمتنع الاحياء» انتهى.

وظاهره أنّ بطلان التالي أمر مفروغ عنه في الشريعة، ولذا لم يتعرّض لبيانه وهو حقّ في الجملة، ولكنّ الملازمة ممنوعة لما عرفت من استظهار صدور الاذن عنهم عليه السلام بالنسبة إلى الشيعة، وعلى هذا فيرتفع الامتناع كلية. أمّا بالنسبة إلى الشيعة فظاهر وبالنسبة إلى المخالف والكافر فلمقدورية المقدّمة.

ودعوى: انعقاد الإجماع على كون الاحياء سبباً للملك مطلقاً حتّى المخالف والكافر بعدما عرفت من عدم استفادة الاذن لهم من الأخبار فقضى الإجماع سقوط الاذن ممنوعة.

ونسب إلى كاشف الغطاء رحمه الله أنه ذهب إلى دلالة شاهد الحال على رضا الإمام عليه السلام بالاحياء وطيب نفسه بتعمير الأرض مطلقاً وأنه عليه السلام لا يرضى ببقاء الأرض مخروبة وأنه لا ينتفع بها أحد. ومعلوم أنّ هذا الاستظهار إنما هو بالنسبة إلى زمان الغيبة، وأمّا في زمان الحضور وبسط يد الإمام عليه السلام مع التمكن منه أو من نائبه فلا، اذا المحبوبة لا تقتضي الإباحة مطلقاً إلا في زمان التعذّر كما لا يخفى.

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل، إذ بعد علمه عليه السلام بأن الأرض لا تبقى مخروبة، وإنّ المخالفين الذين صاروا سبباً لاستتاره يُعمّرونها من دون مراعاة الإذن، وأنّ إذنه لا يؤثر في الازيد شيئاً بالنسبة إليهم، لا داعي إلى اذنه حتّى يصير سبباً لخروج الأرض عن ملكه، بل الحال يشهد على خلافه.

نعم هذا بالنسبة إلى شيعتهم بعد ملاحظة كثرة رأفتهم عليها، وعدم رضاهم بدخولهم النار، ولكن أخبار الحِلُّ يغنيها بالنسبة إليهم عن هذا الاستظهار. وأما ما ذكر من عدم رضاهم ببقاء الأرض غير منتفع بها. ففيه: أن الحرمان غير مستلزم لأمر محال، خصوصاً بملاحظة كونه سبباً في استتاره، إذ رُبَّ فوائد أعظم من ذلك قد حرُمناها لغيبته عجل الله فرجه.



## [في الأراضي المفتوحة عنوة]

قوله ﷺ : «وإن رُفِعَتْ يده عنها قهراً وعنوةً، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة كالنخل والأشجار والبنيان للمسلمين كافة، إجماعاً على ما حكاه غير واحد كـ«الخلافة» و«التذكرة» وغيرهما، والنصوص به مستفيضة...»<sup>(١)</sup> الخ.

أقول<sup>(٢)</sup>: هذا مما لا إشكال فيه في الجملة، بل لا خلاف إلّا عما يظهر من المحكي عن المحقق الورع الأردبيلي واتباعه، وأنما الإشكال في كيفية مالكية المسلمين، وأنها بحيث تنافي مالكية شخص خاص أم لا، وأنها هل هي بعد وضع الخمس منها أم لا، بل هي بتمامها ملك للمسلمين، وليس لأهل الخمس من حيث هم أهل الخمس منها شيء، من قليل ولا كثير؟

فلنقدّم الكلام أولاً في تعلّق الخمس بهذه الأراضي التي فُتِحَتْ عنوة.

فنقول: لا خلاف ظاهراً، بل الإشكال، في أن الأرض التي فُتِحَتْ عنوة باذن

---

١ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٦.

٢ - هذا أول ما نقلت من تحريرات الغير، تلخيصاً وعيناً من دون أن ألاحظها وأتأمل فيها حقّ التأمل، إلّا أن فيها بحسب الظاهر مواضع للنظر (منه يَرْجُو).

الإمام عليه السلام خمسها للإمام عليه السلام، بل عن ظاهر إطلاق «المدارك» الإجماع عليه، وأما لو فُتِحَتْ بغير اذنه، فالظاهر أن جميعها له من غير نكير.

وليُعلم أولاً: أنه لا أصل في المقام يُرجع إليه عند الشك، إذ بعد خروج الملك عن أيدي الكفار، لا يتعين دخوله في ملك الإمام عليه السلام أو المسلمين بالأصل، لكون كلٍّ منهما حادثاً مسبقاً بعدم.

نعم، لو قلنا بدخوله أولاً في ملك المسلمين بمقتضى ظاهر لفظ «غَنِمْتُمْ» كسائر الفوائد المكتسبة بالتجارات، ثم يَتعلَّق الخمس عليها ويجب على المسلمين دفعه إلى أهله، فالأصل يقتضي عدمه في صورة الشك، كما لا يخفى. ويدلّ على المطلوب عموم الآية والإخبارات المستفيضة.

والمناقشة: في الآية بظهور «الغنيمة» في المنقولات، مما يغتنمه المقاتلون من دار الحرب، لا مطلق الفائدة بحيث يشمل ما نحن فيه.

مدفوعة: بتصرّح كثير من العلماء، والمحكي عن «القاموس» من أنها مطلق الفائدة، وقد حُكي عن العلامة في «التذكرة» في باب الجهاد أنه قال: «الغنيمة هي الفائدة المكتسبة سواء اكتسبت برأس مال وشبهه كأرباح التجارات والزراعات والصناعات وغيرها، أو اكتسبت بالقتال والمحاربة».

وعن الشهيد عليه السلام ادراج الأقسام الخمس جميعها في الغنيمة.

ودعوى: انصراف «غَنِمْتُمْ» المذكور في الآية إلى خصوص المنقولات من غنائم دار الحرب، قابلة للمنع، خصوصاً بعد ملاحظة الأخبار الواردة في الباب المفسّرة للآية:

منها: خبر محمد بن سنان، عن عبد الصمد، عن حكيم، عن الصادق عليه السلام قال: قُلْتُ لَهُ: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ»<sup>(١)</sup>.

قال: هي والله الإفادة يوماً فيوم»<sup>(١)</sup>.

وهذا الخبر الشريف كما أنه لا دليل للمطلوب، كذلك مؤيد للاستدلال بالآية الشريفة.

ومن الأخبار التي يستدل بها على المطلوب قوله ﷺ:

«كُلُّ شَيْءٍ قَوْتَلٍ عَلَيْهِ عَلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ فَإِنَّ لَنَا خُمُسَهُ»<sup>(٢)</sup>.

فأنه بعمومه يشمل الأرض.

ومنها: خبر أبي حمزة الثمالي:

«إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لَنَا مِنْهَا ثَلَاثَةَ فِي جَمِيعِ الْفِيءِ فَقَالَ تَبَارَكَ تَعَالَى: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ» فَخُذُوا مِنْ أَصْحَابِ الْخُمُسِ وَالْفِيءِ وَقَدْ حَرَّمْنَاهُ عَلَىٰ جَمِيعِ النَّاسِ مَا خَلَا شِيعَتَنَا.

والله، يا أبا حمزة ما من أرض تُفتح، ولا خُمس يُخمس، فيضربُ على شيء منه، إلا كان حراماً على مَنْ يُصيبه فَرَجاً كان أو مَالاً...»<sup>(٣)</sup>.

فإن صدره وهو قوله: «في جميع الفيء» دالٌّ بظاهره على وجوب الخمس في الأرض.

ومثله الأخبار الدالة على أن في الفيء خُمساً.

ويمكن الاستدلال بقوله ﷺ: «مَا مِنْ أَرْضٍ تُفْتَحُ» بناءً على أن قوله «ولا خُمس يُخمس» عطف على قوله «وما من أرض تُفتح»، أمّا من عطف التفسير أو من عطف العام على الخاص، ولكن يأبى ذلك كلمة «لا» فأنها ظاهرة في كون ما

١- وسائل الشريعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٦.

٢- وسائل الشريعة: ج ٩ باب ٢ ص ٤٨٧.

٣- وسائل الشريعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٥٢.

بعدها قسيماً لما قبلها، ويأتي في ذلك أيضاً قوله «فرجاً كان أو مالا»، بناءً على أن قوله «ولا خمس يُخمس» من عطف التفسير كما هو واضح، والظاهر أن قوله «ما من أرض» توطئة لذكر الخمس.

وحاصل معنى الرواية: أنه ما من أرض تُفتح، فيؤخذ حينئذٍ خمس ما اغتنم من فتحها إلا كان حراماً، وعليه فلا دلالة في الرواية على ما نحن فيه.

وقوله: «ولا خمس يُخمس» معناه إما مالٌ يخمس أو خمس يُفرض.

وكذا يدل على المطلوب قوله ﷺ في خبر ابن أبي عمير:

«والخمس على خمسة أشياء: الكنوز، والمعادن، والغوص، والغنيمة...»<sup>(١)</sup>.

ودعوى: انصراف لفظ «الغنيمة» إلى المنقولات قد مرّ منعها، وكيف كان فالظاهر أن المسألة مما لا إشكال فيها.

إلا أنه قد يناقش فيها: بملاحظة الأخبار الأخر التي يُستظهر منها إطلاق «الغنيمة» على خصوص المنقولات، مثل قوله ﷺ في خبر ابن سنان.

قال: «سمعتَه يقول في الغنيمة، يُخرج منها الخمس، ويُقسّم ما بقي بين من قاتل عليه وولي ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وقوله في رسالة حماد الطويلة:

«الخمس من خمسة أشياء: من الغنائم، والغوص والكنوز، والمعادن، والملاحه - إلى أن قال - يؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله، وتُقسّم أربعة أخماس بين من قاتل عليه وولي - إلى أن قال - والأرضون التي أخذت بخيلٍ أو ركابٍ فهي موقوفة متروكة في يد من يُعمرها ويُحييها ويقوم

١ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٢ ص ٤٨٦.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢ باب ١ ص ٥١٧.

عليها على ما صالحهم الوالي - إلى أن قال - ويؤخذ من العشر فيقسم بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصبتهم على ما صالحهم عليه، ويؤخذ الباقي، فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، وتقوية الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير»<sup>(١)</sup> الحديث.

وتقريب الاستظهار: تصرّح الروايتين بأن الأربعة أخماس يقسم بين المقاتلين، مع أن الأرض التي فتحت عنوة ليست كذلك، بل هي لجميع المسلمين، كما سيّضح ذلك، فهذا يفصح عن أن المراد بالغنيمة خصوص المنقولات، لاختصاص الحكم بها، كما لا يخفى.

وفيه: بعد تسليم الاستظهار، أن استعمالها في خصوص المنقولات في بعض الموارد، لا يوجب رفع اليد عن معناها الحقيقي في مقامات أخرى، فتأمل.

ويمكن التثبت لنفي الخمس بذيل الرواية الأخيرة، لتصرّيحها بأنه «ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير»، ومعلوم أن الوالي الذي أزمته هذه الأمور بيده، إنما هو الإمام عليه السلام لا غير فهي، دالة على أنه ليس له شيء من منافعها، بل تصرف في المصالح العامة، وبعد ضم هذه الفقرة إلى ما يظهر من سابقها وهو إبقائها وتركها بتمامها في أيدي المعمرين يتم المطلوب، لأن الفقرة الأولى ظاهرة في أن الأرضين بتمامها موقوفة متروكة في أيدي المعمرين لا بعضها، أعني بعد وضع الخمس، وهذه الفقرة الأخيرة تدلّ على أن الأرض التي تركت في أيدي المعمرين، منافعها لمصالح المسلمين.

هذا، ولكن الرواية مرسلة، وقد أعرض الأصحاب عن العمل بها في

خصوص هذه الفقرة، على ما ادّعاه بعض، فلا تنهض لمعارضة الأدلة المثبتة، مع أنّها قابلة للتقييد أيضاً، فعموم «كلّ شيء قوتل عليه على شهادة أن لا إله إلا الله» محكم كما لا يخفى. والظاهر أنّه لم يذهب على نفي الخمس على ما قيل إلا بعض متأخري المتأخرين.

وكيف كان، فالمسألة بحسب الظاهر ممّا لا إشكال فيها.

فما ذكرنا تبين أنّه ينبغي تقييد قول المصنّف ﷺ أنّه للمسلمين بما عدا الخمس. ثمّ أنّ كونها للمسلمين، قد عرفت أنّه ممّا لا خلاف فيه، كما ذكره المصنّف ﷺ، عدا ما أشرنا إليه من مناقشة الأردبيلي رحمه الله على ما حكى عنه، وسيوضّحه إن شاء الله تعالى.

ولكنّ الإشكال في كفيّة مالكيّة المسلمين، من أنّها كسائر الأموال المتعلقة بمالك خاصّ، أو على نحو خاصّ؟

ففي محكي «الروضة» لا يجوز بيعها أي الأرض المفتوحة عنوة الموحية حال الفتح لأنّها للمسلمين قاطبة، من وجد منهم ذلك اليوم ومن يتجدّد إلى يوم القيامة، لا بمعنى ملك الرقبة، بل بالمعنى السابق، وهو صرف حاصلها في مصالحهم. وعن «المسالك» مثله، وظاهر كلامه حيث لم يشر إلى الخلاف أنّ ذلك من المسلّمات.

وهذا بظاهره مخالف لظاهر الأخبار، وكلمات علمائنا الأبرار، لظهور لفظ اللام في الملكيّة الحقيقيّة، وصرفها إلى هذا المعنى يحتاج إلى دليل، وحكمهم بعدم جواز بيعها ووقفها وهبتها وكذا سائر التصرفات كأنّها صريحة في عدم إرادتهم هذا المعنى، حيث أنّ الظاهر أنّهم بنوا نفي الجواز على ذلك.

ومن المعلوم أنّ هذا المعنى الذي ذكره الشهيد رحمه الله غير منافي لهذه التصرفات، لجواز التزام المشتري وكذا الواقف والمتّهب بالخراج، بحيث لا يضيع حقّ المسلمين، فالحكم بعدم جواز التصرف لا وجه له، إذ لازم هذا القول كونها ملكاً لمن أقام على



عمارتهما، حيث أنه نفي كون رقبتهما للمسلمين، فلا بد أن يلتزم بكونها للمُحيي، وعلى هذا لا مانع من انتقال الملك الحقيقي، أعني ملكية الرقبة، بنحو من الانتفاعات. غاية الأمر أن المنتقل إليه يلتزم بما كان على الناقل من الحراج، أو الناقل يلتزم بذلك<sup>(١)</sup>، فالظاهر من كلامهم أنها ملك لهم حقيقة كما ذكره الشهيد<sup>(٢)</sup>، إلا أن ظاهر كلامه يُعطي كون التفسير المذكور من المسلمات عندهم، وهو أعرف بمقاصدهم، ومعه يشكل الحكم بالملكية الحقيقية.

وقد ناقش المحقق الأردبيلي على ما حُكي عنه، في كون هذه الأراضي رقبتهما ملكاً للمسلمين، نظراً إلى أنه لو كانت ملكاً لهم لما صحّ إيجارتهما منهم، ولجاز أن ينقل كل واحد منهم حقه.

ويرد على الأول أولاً: أن جواز الإجارة منهم غير معلوم، وأي دليل دلّ على ذلك؟

إلا أن يقال تقييلها منهم في مدّة معيّنة جائز، بلا خلافٍ ظاهراً، وهو ليس إلا المزارعة، وليس المزارعة إلا تملك منافع الأرض كالإجارة، فالمحذور بحاله.

ويمكن أن يقال: إن التّقييل ليس هو القبالة المعروفة في كلام الفقهاء، إذ هي عبارة عن قبول الثمرة بقدرٍ معيّن، على أن يكون الزائد للمتقبّل، ولا يصحّ ذلك إلا بعد ظهور الثمرة، وليس من المزارعة أيضاً، إذ يعتبر فيها أن يكون في زمانٍ معيّن، ولا يعتبر في هذا التّقييل زمان معيّن، كما يدلّ عليه أخبار الباب، وسيأتي إليها الإشارة إن شاء الله.

هذا، ولكنّ الإنصاف أن ذلك أيضاً غير مفيد، حيث أن ظاهر الأخبار أن منافع الأرض إنما يملكها المتقبّل بازاء عمله، فهي أجرة له، فمن البين أن أخذ الأجرة

١ - بل لا مانع لو التزم ثالث أيضاً كما لا يخفى، فلا يشكل الوقف أيضاً مع التزام الواقف أو غيره فتأمل (منه<sup>(٣)</sup>).

بازاء اصلاح الأرض التي هي ملكٌ للعامل غير صحيح، فيبقى المحذور بحاله، وتقييد ما دلّ على ذلك بكونها أجرة بالنسبة إلى حقّ غير العامل خلاف الظاهر بل الواقع، كما يشهد به الطبع السليم.

وثانياً: مع منافاة هذا التّحو من الملكية مع الإجارة وما ضاهاها، ألا ترى أنّ القائلين بأنّ الوقف العام ملكٌ للمسلمين، كالوقف على القناطر وغيرها، لا يشكّون في صحّة إيجارتها من المسلمين، ولا يشكّون أيضاً في جواز بيعه منهم، إن كان شرائط جواز بيعه موجودة، بل الظاهر عدم التزام أحدٍ بعدم جواز إجارة الوقف الخاصّ على الموقوف عليهم، كإجارة الخان الموقوفة على أشخاص معيّنين، بعضهم على بعض، لو رأى متولّي الوقف مصلحةً في ذلك، والظاهر أنّ ملكيّة المنفعة خصوصاً في الوقف الخاصّ، بل العين الموقوفة على أشخاص معيّنين، ممّا لا إشكال فيه، ومع ذلك يصحّ إيجارتها عليهم بحسب الظاهر، ولكنّه لا بدّ في تحقيق ذلك من مراجعة كلمات القوم وفتاويهم، إلّا أنّ الظاهر أنّه ممّا لا تأمل فيه، فعنّى كون الإجارة في هذا المورد تمليك المنفعة، جعلها ملكاً طلقاً للمستأجر، وتبديلها بملكٍ آخر له، ولا منافاة بينها.

ودعوى لزوم نقل المنفعة من شخصٍ إلى شخصٍ آخر في صحّة الإجارة، ممنوعة، بل يكفي الاختلاف الاعتباري الموجود في المقام. وأمّا ما ذكره من: «أنّه لا يصحّ نقلها».

ففيه: أنّه لا يدلّ على نفي الملكية، إذ يجوز أن يكون ذلك لما منع آخر، مثل تعيين الحصّة، وكونها مَسْلُوبَة المنافع، لوجوب صرفها في جهةٍ خاصّةٍ، باذن شخصٍ خاصٍّ مثل الإمام عليه السلام ونائبه الخاص أو العام.

ومن المعلوم أنّ بيع العين المسلوّبة المنافع دائماً، وكذا نقلها بوجه آخر، غير صحيح، لكونها معاملة سفهية خصوصاً في مثل المقام، حيث أنّ سلب الملكية، ورفع اليد عن حاصلها، وهبة حصّته، غير مؤثّر في شيء أصلاً، لعدم معقوليّة خلعها من

نفسه بعد فرض كون مصرفها مصلحةً للمسلمين، وكونه أحدهم، إذ بعد صرفه إلى هذا المصرف - كوجوه الجهاد - قد وصل إلى كلِّ حقِّه كما لا يخفى.

وبالجملة: إنَّ كانَ مقصود المناقش المناقشة في أصل الملكية، ولو بمعنى 'تعلق تلك الأراضي بالمسلمين علقَةً توجبُ كونهم مصرفاً لما يخرج منها، نظير الوقف الخاص مثلاً، فما ذكره من الموانع لا يصلح لمنع ذلك، كما لا يخفى'.  
قوله: «ففي رواية أبي بردة»<sup>(١)</sup>.

أقول: قوله ﷺ «مَنْ يَبِيعُهَا هِيَ أَرْضُ الْمُسْلِمِينَ»<sup>(٢)</sup> بعد سؤال الرَّاوي عن جواز البيع، يدلُّ على أنَّه لا يجوز البيع، وأنَّ المانع عن جوازه كونها للمسلمين، لأنَّ الظَّاهر أنَّ الاستفهام توبيخيٌّ، وأنَّ فاعله يستحقُّ اللوم.

ويؤكد ذلك قوله بعد قول الرَّاوي: «يَبِيعُهَا الَّذِي بِيَدِهِ وَيَصْنَعُ بِخَرَاஜِ الْمُسْلِمِينَ» وكأنَّ قول السَّائل «يَبِيعُهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ» بيانٌ لما يَصَحُّ معه البيع باعتقاده، وقوله «يَصْنَعُ» دالٌّ على أنَّ ذلك - مع كون الأرض خراجية - لا يصلح لأن يكون مصححاً للبيع.

نعم، في قوله «لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ حَقُّهُ مِنْهَا» نوعٌ دلالةٌ على أنَّ ذا اليد يكون بسبب يده ذا حقٍّ على الأرض، وأنَّه يجوز شراء ذلك الحقِّ، وذلك مبنيٌّ على أنَّ يكون المراد من الحقِّ هو حقَّ الاختصاص، وهو لا يبعد، لإمكان دعوى ظهور الحقِّ في الاختصاص الذي لم يبلُغ درجة الملكية.

ويُحتمل أنَّ يكون المراد من الحقِّ هي الآثار التي أحدثها المتصرف، لأنَّ الظَّاهر من قوله فيها «أَنَّ الْحَقَّ بَعْضُ الْأَرْضِ»، وحيث لم يمكن الحمل على ظاهره، لأنَّه لو كان مَنْ بيده الأرض غير المسلمين، فليس له حقٌّ أصلاً، ولو كان منهم فلا

١ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٧.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧١ ص ١٥٥.

يجوز له الاستقلال في التصرف في حقه، ولدلالة الأخبار الكثيرة على أنها إلى الإمام عليه السلام، وجب أن يُحمل على ما يُعدُّ من الأرض وهو الأبنية.  
ويحتمل أن يكون المراد من الحقِّ الحصة من المنافع التي جعلها الإمام عليه السلام للمتصرف من النصف أو الثلث.  
وكيف كان، دلالة الرواية على عدم جواز بيع الأرض رقبته - أصلاً وتبعاً - واضحة.

قوله: «وفي مرسلة حماد»<sup>(١)</sup>.

أقول: دلالة الرواية على عدم جواز بيع الرقبة ظاهرة، لدلالة الرواية على أن منافع الأرض للمسلمين، ويجب صرفها في مصالحهم ما دامت الأرض موجودة، وأن المعمرين شركاء الإمام عليه السلام في منافع الأرض بازاء التعمير الذي أحدثوه، وهذا يدل على أن الرقبة لا تكون لهم، لا مستقلاً ولا تبعاً للآثار. ولا ريب أن معه لا يصح وقوع البيع عليها، ضرورة أن صحة البيع للبايع تتوقف على كون المبيع ملكاً له، ووجوب الزكاة على المعمرين بالنسبة إلى حصّتهم حكمٌ تعبدي لا ينافي عدم كون الرقبة ملكاً لهم، كما أن اخراج الزكاة من تمام المنافع قبل القسمة، مع كون مستحق الزكاة من يستحق المنافع لا ينافي الملكية للمسلمين، لأن ملكية الزكاة غير ملكية المنافع، لأن لها مَصْرَفاً خاصاً دون الزكاة، فإن من تناوله يصرفه حيث شاء.

قوله: «وفي صحيحة الحلبي»<sup>(٢)</sup>.

أقول: قوله «للمسلمين» ظاهرٌ في أنه ملك لهم، وأنها مع كونها في أيدي الدهاقين وقد عمروها، لم يكن ملكاً لهم بالتعمير، ولا ريب أن مع ذلك لا يصح البيع، وقد تقدّمت الإشارة إليه.

١ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٨.

٢ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٣.

وقوله عليه السلام: «لا يصلح إلا أن تشتري منهم على أن يُصيرها للمسلمين»<sup>(١)</sup>.  
الظاهر أن معناه أن يأخذ الأرض على أن تكون الأرض باقيةً على ملك المسلمين، ويكون للمشتري ما كان للبايع من الأولوية في التصرف، وليس المراد منه أن تكون الرقبة للمشتري، ويكون عليه الخراج، بسبب الشرط في عقد البيع، أعني جواز الشراء مع شرط أداء الخراج في ضمن عقد البيع، لأن ذلك منافٍ لقوله «هي للمسلمين»، فانه كما عرفت ظاهرٌ في كون الرقبة ملكاً لهم.

ولا يلائمه أيضاً قوله عليه السلام في ذيل الرواية: «وإن شاء ولي الأمر أن يأخذها...»  
الح فانه لو كانت الأرض ملكاً للمشتري، لم يكن وجه لجواز أخذ الإمام عليه السلام.  
وأما الأولوية بالتصرف الذي حدث للمشتري، فحاله كحال أولوية البايع، ويجوز أن يكون ذلك منوطاً ببقاء الإمام عليه السلام الأرض تحت يده، ويكون ردّ رأس المال إلى المشتري لأجل كونه مبذولاً بازاء الأولوية التي رفعها الإمام عليه السلام، والتزام الملكية المشروط بقائها بعدم رفع الإمام اليد عنها، بعيداً.

وبالجملة، مَنْ تأمل في صدر الرواية وذيلها، لا يبق له تأمل في دلالة الرواية على أنه لا يجوز شراء الرقبة مطلقاً.

قوله: «ورواية ابن شريح»<sup>(٢)</sup>.

أقول: يدلّ قوله عليه السلام: «إنما أرضُ الخراج للمسلمين»<sup>(٣)</sup> على عدم جواز البيع بالتقريب المتقدم إليه الإشارة.

والظاهر أن المراد من الكراهة، ليس هي الكراهة الاصطلاحية، بل المراد هي الحرمة، بقرينة قوله «إنما هي للمسلمين».

ويحتمل أن يكون المراد الأعظم من الحرمة، ويكون المراد من كراهة الإمام عليه السلام

١- وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩.

٢- كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٥.

٣- وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٧٠.

بعض أفرادها، وهي الحرمة بالقرينة السابقة، وليس المراد من قول الراوي بعد ذلك «أنما يشتريها الرجل وعليها خراجها» تلك الرقبة، واشتراط أداء الخراج، بل الظاهر أخذ الأرض على أن يكون له ما لهم وعليه ما عليهم، لأنّ النهي عن شراء الرقبة معللاً بما ذكر يقتضي عدم جواز الشراء مطلقاً، فلا يلائمه السؤال ثانياً عن جواز الشراء مع أداء الخراج، والجواب بقوله عليه السلام «لا بأس» مع أن لزوم أداء الخراج الذي تدلّ عليه الروايات المذكورة منافٍ لكون تمام الرقبة للمشتري، ولو تبعاً للآثار، كما لا يخفى.

قوله: «ورواية إسماعيل بن الفضل»<sup>(١)</sup>.

أقول: دلالة الرواية على عدم جواز البيع خفية، والظاهر أن المراد من قوله «نزلوها» أنهم بعد حصول الأرض في يد المشتري نزلوا هنالك، والظاهر أن المراد من الأجرة التي سئل عن جواز أخذها هي أجرة معينة، وإلا فالظاهر أن أصل الأجرة - سواء كان الأرض ملكاً للمشتري أو للمسلمين - يجوز أخذها. غاية الأمر أنه مع عدم تعيين أجرة عند النزول يؤخذ أجرة المثل ومع الشرط يؤخذ ما شرط أخذه.

قوله: «وفي خبر أبي الربيع»<sup>(٢)</sup>.

أقول: دلالة الرواية على عدم جواز البيع، بناء على النسخة التي فيها «لا يشتري بالغيبة» ظاهرة، فإن معنى قوله «من كانت له ذمة»<sup>(٣)</sup>، من كانت له عهدة يتمكن معها أداء الخراج، أو من كان له ضامن، على أن يكون المراد من الذمة عهدة بسبب الضمان، وعدم جواز الشراء بدون أداء الخراج يدلّ على أن الرقبة لا تصير ملكاً للمشتري، كما أن التعليل بقوله «فإنما هي فيء للمسلمين» يدلّ على ذلك،

١ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٧.

٢ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٨.

٣ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩.

وكذلك يكون الدلالة على ما ذكر ظاهرة بناءً على النسخة التي نقلها المصنف رحمته الله، وهي التي فيها «لا تشتري بالخطاب».

وقوله «إلا مَنْ كانت له ذمة»، إمّا استثناءً مِنَ المفعول، بناءً على تقدير مضاف، أي أرض مَنْ كانت له ذمة، وعليه يكون المراد الأرض التي تكون ملكاً لأهل الذمة، على أن يؤدّوا الجزية مِنْ منافعها، أو يكون استثناءً منقطعاً، أي لكن مَنْ كانت له ذمة يشترىها، وعليه يكون معنى الذمة أحد الوجهين السابقين.

ولكن يبعد هذا الوجه أنه لا عموم للمستثنى منه، لأنه يكون هو الشخص إلا بنوع مساحقة وهو أن يكون المراد لا تشتري أنت ومن مثلك.

قوله: «وظاهره كما ترى عدم جواز بيعها»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد عرفت وجه الدلالة، لكنّ بعض المتأخّرين كصاحب «الكفاية» اختار جواز البيع والشراء مطلقاً، متمسكاً ببعض هذه الأخبار كرواية الحلبي، وبعض آخر من الأخبار مثل رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام:

قال: سألته عن الشراء مِنْ أرض اليهود والنصارى؟

فقال: ليس به بأس، وقد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على أهل خير فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها، وما بها بأس إذا اشتريت منها شيئاً، وأيّما قوم أحيوا شيئاً مِنَ الأرض أو عملوها فهم أحقُّ بها وهي لهم»<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن الظاهر من أرض اليهود، ليس الأرض التي هي ملك لهم بالصّح، وإلا لم يكن وجه للتمسك بفعل النبي صلى الله عليه وآله في خير، ولم يكن وجه للتعليل بقوله «وأيما قوم أحيوا»، الظاهر في أن المحيي والمعمّر مالك الأرض بالاحياء

١ - كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٩.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١١.

والتعمير، لأنهم يملكون الأرض بالصّلاح دون الأحياء. فالمراد أمّا الأرض المفتوحة عنوة - بناءً على أنّ خير منها - أو أرض الصّلاح التي هي للمسلمين - بناءً على أنّ خير منها، كما عن الشّهيد<sup>(١)</sup> - وأيّ واحدٍ منها كان المراد يدلّ جواز شرائها على جواز شراء الآخر، لعدم الفصل بينها.

ومثل رواية أخرى لمحمّد بن مسلم قريب من هذه الرواية<sup>(٢)</sup>.

ومثل رواية أبي بصير:

«عن شراء الأرض من أهل الذمّة؟

فقال: «لا بأس أن تشتري منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم وقد كان رسول الله ﷺ حين ظهر على خير وفيها اليهود خارجهم على أمرٍ وترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمّرونها»<sup>(٣)</sup>.

ومثل رواية محمّد بن مسلم:

قال: «سألته عن شراء أرضهم أي أهل الذمّة؟

فقال ﷺ: لا بأس أن تشتريها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدّي فيها كما كانوا يؤدّون فيها»<sup>(٤)</sup>.

ومثل رواية ابن أبي زياد:

قال: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن الشراء من أرض الجزية؟

قال فقال ﷺ: اشتريها فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك»<sup>(٥)</sup>.

ومثل رواية حريز عن أبي عبد الله ﷺ:

قال: «سمعتة يقول رُفِعَ إلى أمير المؤمنين ﷺ رجُلٌ مسلمٌ اشترى من

١ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩ ح ٢٢٧٦٦.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ٤ ص ٤١٦.

٣ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٧٠.

٤ - وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧١ ص ١٥٦.



## أراضي الخراج؟

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: له ما لنا وعليه، ما علينا مسلماً كان أو كافراً، له ما لهم وعليه ما عليهم»<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: ظهور قوله عليه السلام «له مالنا» في إمضاء الشراء.  
واستدل أيضاً بالعمل المستمر من المسلمين في جميع الأعصار المتلاحقة من غير تكبر.

## والجواب:

أما عن الأخبار: فإن بعضها لا يدل على المدعى، والدال منها معارض بالأخبار السابقة، فإن ما يدل منها على وجوب أداء الخراج محمول على مجرد أخذ الأرض من أيديهم، واعطاء المال بازاء الأولوية التي لمن يكون الأرض في يده، وأما ما دل على جواز الشراء كروايي محمد بن مسلم، ورواية أبي بصير فهو معارض بالأخبار السابقة، والترجيح مع تلك الاخبار، لأن المشهور عدم جواز شراء رقبة الأرض مستقلاً، ويمكن حمل هذه الأخبار على شراء الأراضي التي كانت مواتاً في حال الفتح واحياها اليهود، ويكون المراد من أرض خير الذي استشهد الإمام عليه السلام لجواز الشراء بفعل رسول الله صلى الله عليه وآله فيها، بعض اقطاعه التي كانت مواتاً، فأعطاه اليهود لإحيائها، على أن يعطوا الخراج، لأنه يجوز للإمام عليه السلام أن يأخذ الأجرة من المحيي للموات، أما مطلقاً أو مع الشرط، ولكن يدفعه قوله عليه السلام أو «عملوها» في التعليل لإقتضاء كلمة، «أو» المبينة بين ما قبله وما بعده، يقتضي أن يكون العمل بعد الاحياء أيضاً مملكاً، ولاريب أن المحيي بفعل المسلم ملك له لا يملكه غيره ما دام الحياة باقية، ويمكن حملها على الأراضي التي ملكها اليهود بالصُّلح، ويكون المراد من أرض خير بعض اقطاعه التي لم تُفتح عنوةً واعطاها

للإهود بالصُّلح.

وفيه: مع وجود مثل ذلك في خير، بل الظاهر أن كلّها فَتِحت عنوةً، واعطاها ﷺ اليهود للتعمير، على أن يؤدّوا الخراج، ويمكن حملها على جواز الشراء تبعاً للآثار، بناءً على أن المعمر ما دامت عبارته باقية يكون مالكا للأرض تبعاً. وفيه: أن ذلك لا يدفع المعارضة بين الأخبار، لما عرفت من أن تلك الأخبار تمنع عن جواز الشراء مطلقاً، ويمكن حملها على جواز أخذ الأرض من أيديهم، على أن يكون له ما لهم وعليه ما عليهم من اداء الخراج، وأخذ ما بقي من الثمرة، ويكون المراد من قوله «أَيُّمًا قَوْمًا أَحْيَاوْا شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ» ابقاء الأحياء، ويكون المراد من العمل قسمًا خاصًا من الأحياء من الزرع مثلاً وكري الأنهار، وهذا أيضاً لا يخلو عن بُعد.

وكيف كان، فالظاهر أن الترجيح مع تلك الأخبار، لأكثريتها وموافقتها للمشهور، ولكن الإنصاف أن الجمع لا يخلو عن غموض وإشكال.

وأما عن السيرة: فبأنها ممنوعة، لأن الأراضي التي الآن بيد المسلمين ليس فيها ما يُعلم أنها من المُحياة حال الفتح، ويوقع عليها البيع والشراء، فإن المسلم من الأراضي الخراجية التي فُتحت عنوة مع شرائط كونها للمسلمين، من عدم إجراء ملك مسلم عليها، وكون الفتح باذن الإمام ﷺ، هو الكوفة، فإن أكثر البلاد مفتوحة بعد الرسول ﷺ وهي لا يُعلم أنها كانت مفتوحة باذن الإمام ﷺ، والكوفة وإن كانت للمسلمين لدلالة الأخبار الكثيرة على أنها ملك للمسلمين، ومعروفة كونها مفتوحة في زمان الثاني، وكون أعماله بمشورة من أمير المؤمنين ﷺ، ولكن المُحياة منها حال الفتح غير معلوم كونها الآن بيد المسلمين، فإن المشاهد المشرفة، والحلة، وبعض القرى الأخرى، يجوز أن تكون مواتاً في زمان الفتح، كما قيل أنها بلاد إسلامية أحدثها المسلمون، ولم يعلم من حال بائعيها أنهم باين على أنها من المفتوحة عنوة، بل يجوز أن يكون ذلك لوصول ذلك إليهم من مدعي الملكية يداً

بيد، ويجوز العمل بمقتضى اليد ما لم ينكشف خلافها، واحتمال كونها من الموات حال الفتح، كافٍ في ذلك، مع أنها لو سلّمت لا يمكن استكشاف جواز الشراء مستقلاً منها، لأنّ المشهور عدم جواز الشراء مستقلاً، بل يمكن أن يُقال أنّه ممّا لا خلاف فيه، فإنّ سلّمت السيرة، فغاية ما يمكن أن يقال هي أن يبيعها تبعاً للآثار جائزاً، كما ذهب إليه جمع من المتأخرين.

وأما المساجد الحادثة في زمان أمير المؤمنين عليه السلام في الكوفة، فلا دليل على أنها كانت مُحدّثة في الحياة، لجواز أن يكون بعض أقطاع خربة في أثناء العمارات أخذها المسلمون وجعلوها مسجداً.

والحاصل: أنّ دعوى السيرة وإن لم تكن بعيدة خصوصاً بالنظر إلى أنّ أكثر الفتوحات في زمان الثاني وهي كما قيل كانت باذن أمير المؤمنين عليه السلام، كما يدلّ عليه بعض الأخبار أيضاً.

بل يمكن أن يقال: إنّ جميع ما فُتحت كان فتحها برضاء الأئمة عليهم السلام، لأنّ دخول البلاد في البلاد الإسلامية بأيّ نحو كان، وأيّ شخص فتحه، ممّا يرضى به الأئمة عليهم السلام.

ولكن دعوى القطع ممنوعة، خصوصاً بعد عدم معلومية ما ذكر، ومجرّد رضاء الإمام عليه السلام بالفتح، الظاهر أنّه لا يكفي في كون الأرض للمسلمين، بل الظاهر أنّه يكون الشرط رضاء الإمام عليه السلام بصدور الفتح من خصوص الجيش الذي فتحها، مع أنّ أصل السيرة بالنسبة إلى الزّارع يمكن منعها، كما حكى عن كاشف الغطاء رحمته الله أنّه منع في شرحه على 'بيع' «القواعد» السيرة على بيع الزّارع وقبلها في الأبنية، وإن كان الفرق بينهما بحسب الحكم أيضاً لا يخلو عن إشكال.

هذا ولكنّ المسألة غير خالية عن الإشكال.

قوله: «وقد يُنسب إلى "الدّروس"»<sup>(١)</sup>.

أقول: ظاهر عبارته التي حكاها المصنّف ههنا يوافق التفصيل المنسوب إليه، ولكن حكي عنه أنّ في عبارته كلاماً يدلّ على كونه موافقاً لغيره، ولا بدّ من الملاحظة.

قوله: «قال في "المسالك"»<sup>(٢)</sup>.

أقول: جواز البيع تبعاً للآثار يتصوّر على أوجه ثلاثة:

الأوّل: أن تكون مبيعة بضميمة الآثار، نظير بيع الآبق مع الضّميمة.

الثاني: أن يكون داخلاً في المبيع على وجه التبعيّة، نظير تبعيّة مفتاح الدّار لها في البيع.

الثالث: أن تكون تابعة للبناء، نظير تبعيّة حريم الدّار.

وظاهر عبارة «المسالك» المحكيّة هنا هو الوجه الأوّل، ولكنك قد عرفت أنّ الأخبار لا تساعد على ذلك، وإنّما مانعة عن بيعها مطلقاً، ولكنّ عبارته أعني قوله «وعليه العمل» كأنّها تومي إلى السّيرة، فإنّ قمت، وإلاّ فالمسألة مشكّلة.

\*\*\*

١- كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٢٦.

٢- كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٢٨.

## [حكم الأراضي العامرة والغامرة وتقبيلهما من السلطان]

قوله: «نعم المتيقن ثبوت حق الاختصاص للمتصرف»<sup>(١)</sup>.

أقول: التصرف في الأراضي، بالتقبيل من الإمام عليه السلام، ربّما يتقبّله في زمانٍ معيّن مثل سنة أو سنوات معيّنة، وقد يتقبّله على أن تكون الأرض في يده، وأنّما يعمرها ويعطي خراجها.

أمّا التّقبيل على الوجه الأوّل، فمقتضى القاعدة عدم كون المتصرّف بنسبةٍ ذا حقّ على الأرض، بمعنى أن يكون له اختصاص بالأرض يقابل بالمال، نعم له السّلطنة على التّعمير واستيفاء المنافع، نظير سلطنة المستأجر على العين المستأجرة. وأمّا التّقبيل على الوجه الثّاني، فهو أيضاً لا يوجب أن يكون له حقّ يقابل بالمال، نظير حقّ التّحجير. نعم له السّلطنة على التصرف، وله أن يقبل الأرض غيره منه، على أن يعطى الخراج ويعطي شيئاً ممّا يزيد عن الخراج إيّاه ويأخذ شيئاً له، ولكنّ هذا بمنزلة شراء حقّ الاختصاص.

نعم يمكن أن يقال: إن بعض الأخبار السابقة كرواية أبي بردة - إن حملنا الحق فيها على حق الاختصاص، كما أنه لا يبعد دعوى ظهور لفظ الحق في ذلك - دالة على أن للمتصرف حقاً على الأرض بسبب يده، إذا كان التقييل على وجه الدوام، أو مطلقاً.

والظاهر هو الأول، أو يقال تلك الأخبار - لما لم يمكن حملها على شراء نفس الرقبة، لما فيها من الدلالة على عدم إرادة ذلك للحكم بوجوب أن يؤدي المشتري الخراج بعد الشراء، وأن الأرض بعد التعمير أيضاً تكون للمسلمين - يُحمل على شراء الأرض، بمعنى بذل المال بازاء الحق الذي للمتصرف، كما مر في رواية الحلبي. ثم أن هذا الحق على الإمام عليه السلام في سنتين أو أكثر لا يوجب حق الاختصاص على وجه يكون للمشتري اشترائه ويكون له دائماً.

ثم أن هذا الحق على تقدير ثبوته هل يكون ثابتاً بالتقبل، أو يعتبر معه التصرف في الجملة، أو يكون بعد التعمير، وهل هو ثابت مطلقاً أو ما دام قائماً بالعمارة وجوه، وقد تبين فيما سبق أن مطلق الأراضي على قسمين: عامرة وغامرة، وكل واحد منهما إما لا رب لها أو لها رب، وما لا رب لها فهي للإمام عليه السلام مطلقاً، عامرة كانت أو غامرة، وما لها رب فهي لأربابها، مسلماً كان أو كافراً، ولا يخرج عن ملكها إلا بسبب شرعي، ولا يباح التصرف فيها إلا باذن مالِكها.

والغامرة التي لها رب، كأن طرء الخراب عليها بعدما كانت مملوكة، بالبيع والإرث وتقطيع الإمام عليه السلام وغير ذلك من الأسباب المملوكة.

وإما المملوكة بالاحياء، فهل هي أيضاً كذلك؟

فيه خلاف معروف في باب الاحياء:

فمنهم من قال: بخروجها عن الملك بطرؤ الخراب، وجواز تملك كل واحد لها بالاحياء ثانياً.

ومنهم من قال: ببقائها على ملك الحي.

ثم أن ما مَلَكَهُ الْكُفَّارُ، أَمَا أَنْ يَسْلِمَ عَلَيْهَا أَهْلُهَا طَوْعاً فَتَبْقَى تَحْتَ يَدِهِ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، وَأَمَا أَنْ لَا يَسْلِمَ عَلَيْهَا طَوْعاً .

فان بقيت يده عليها، فان صولحوا على أن تكون الأرض لهم، وعليهم جزية رؤوسهم فهو.

وإن بنوا على أن تكون الأرض للمسلمين، وعليهم خراجها، فذلك إلى الإمام عليه السلام لكونه وليهم.

وإن ارتفعت يدهم عنها، فان انحلى عنها أهلها وماتت، وليس لها وارث، فهي للإمام عليه السلام.

وان رفعت يدهم عنها قهراً وغنوة فهي للمسلمين بلا تأمل وإشكال، إن كان الفتح باذن الإمام عليه السلام وأمره إليه، لكونه وليهم، يقبله على من يشاء، ويؤدّي المتقبل خواجه إليه، ويصرفه في مصارفه، وليس لأحد المسلمين الاستقلال فيها بالتصرف من دون اذن الولي، لدلالة الرواية عليه مضافاً إلى كونه مخالفاً للقاعدة، حيث أنها ملك مشاع مشترك بين أشخاص غير محصورين، مع أنهم مجبورون عن التصرف فيها، مع قطع النظر عن كونها مشتركاً، حيث أنها ليست كسائر أملاكهم المشتركة، بل لها مصرف خاص، يجب أن يُصرف فيه، فليس لكلّ منهم حصّة من منافعه، بل ليس لمجموعهم التصرف فيه بعد اجتماع آرائهم على نحو خاص من التصرف، بل أمره إلى الوالي كما نطقت به الرواية.

هذا كله في حال الحضور وبسط يد الإمام عليه السلام.

وأما في حال الغيبة، فالظاهر أيضاً بقائها على ملك المسلمين، وعدم جواز استقلال أحدٍ بالتصرف فيها، وغير ذلك من الأحكام الثابتة في حال الحضور، لاستصحاب الحالة السابقة في جميعها، بعد الغض عن اقتضاء أدلتها لذلك مطلقاً، من غير تقييد بزمان الحضور.

نعم، القدر الثابت الذي لا ينبغي التأمل فيه في زمان الغيبة من حيث جواز

التصرف ما لو كان التصرف والتقبل باذن الحاكم الشرعي والسلطان للجائر، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

وأما في صورة انفراد كل منها بالاذن، فقد تأمل في كل منها بعض.  
ولكن الإنصاف أنه لا وجه للتأمل فيما لو تفرد الحاكم الشرعي بالاذن والتقبيل، لأن مجاري الأمور بيد العلماء، وأي أمر أعظم من ذلك، إذ به يتحقق قوام الحكومة، مع أن المتولي لأمر الخراج بحيث يكون له التصرف ليس إلا الإمام عليه السلام أو نائبه وبعد إثبات النيابة للفقهاء لا مجال للتأمل في نفوذ اذنه، ومضي تصرفاته، هذا حكم جواز التصرف في الأرض باذن الحاكم.

وأما مسألة أنه هل يجوز لكل حاكم شرعي تقبيل الأراضي مطلقاً؟  
فهي مسألة أخرى متعلقة بتكليف نفس الحاكم، ومعلوم أنه ليس لكل واحد ذلك، بل لابد من ملاحظة حاله، فان كان ممن يقتدر على صرف الخراج في مصارفه، وكان مبسوط اليد فله ذلك، وإلا فلا، إذ لا وجه لأخذ حق المسلمين وتعطيله.

هذا حال ما لو تفرد الحاكم الشرعي.  
وأما لو انفرد الجائر بالتقبيل، فالظاهر أيضاً جواز التصرف، ويدل عليه وجوه:

الأول: الأخبار المستفيضة الواردة في أحكام تقبيل الأرض الخراجية، التي بعضها مسوق لبيان جواز التقبيل من السلطان، وبعضها مسوق لبيان حكم آخر، ولكن يستفاد منها أن جواز أصل التقبيل كان أمراً مفروغاً عنه، بحيث لا يحتاج إلى السؤال، بل المحتاج إليه إنما هو بعض الأحكام الطارئة عليه.

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جملة حديث:  
قال: «لابأس بان يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان، وعن مزارعة أهل الخراج بالنصف والربع والثلث؟



قال: نعم لا بأس به، وقد قَبِلَ رسول الله ﷺ به خبير، أعطاه اليهود حين فتحت عليه خبير هو النصف».

واحتمال إرادة خصوص السلطان العادل من الرواية بعيد، إذ الظاهر كونها مسوقة لبيان حكم الأشخاص التي كانت في تلك الأزمنة مبتلية بهذه الأراضي، فبين ﷺ أنه يجوز تقبُّل الأرض من السلطان.

ومن المعلوم أن السلاطين التي كانت في تلك الأزمنة منحصرة في الجائرين الغاصبين لحق الأئمة ﷺ، وحملها على السلطان العادل مستلزم لخلوها عن المورد في زمان الصدور، وكونها مجرد حكم كلي مفهومي لا مصداق له في الخارج، وإرادة نفسه ﷺ من السلطان أو نوابه أيضاً لا يخلو عن بُعد، لعدم انصرافه إليه خصوصاً في الأزمنة التي لم يكن مبسوط اليد كما لا يخفى.

ولكن يُقَرَّب هذا الاحتمال إطلاق كثير من الأخبار التي أُريد منها خصوص العادل، مثل ما دلَّ على أن إقامة الحدود على السلطان ونظائره، فتأمل.

ومنها: الصحيح عن إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله ﷺ:

«سألتُه عن الرَّجُلِ يتقبَّل بخراج الرِّجال، وجزية رؤوسهم، وخراج النِّخل والشَّجر والآجام والمصائد والسَّمك والطير، وهو لا يدري لعلَّ هذا لا يكون أبداً أنشتره وفي أيِّ زمان نشتره ونتقبَّل؟

قال: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبَّل به»<sup>(١)</sup>.

وهذه الرواية وإن لا تخلو عن مناقشة، إلا أن الإنصاف استفادة المدعى منها سؤالاً وجواباً، فافهم.

ومنها: رواية العيص بن المختار:

قال قلتُ لأبي عبد الله ﷺ: «جعلتُ فداك، ما تقول في الأرض أتقبَّلها من

السُّلْطَانُ ثُمَّ أَوْجَرَهَا مِنْ أَكْرَتِي عَلَى أَنْ مَا أَخْرَجَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهَا مِنْ شَيْءٍ لِي مِنْ ذَلِكَ النِّصْفِ أَوْ الثَّلَاثَ بَعْدَ حَقِّ السُّلْطَانِ؟  
 قَالَ : لَا بَأْسَ ، كَذَلِكَ أَعَامِلُ أَكْرَتِي»<sup>(١)</sup>.  
 إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ .

وهذه الرواية الأخيرة وإن كانت مسوقة لبيان حكم آخر، إلا أن دلالتها سؤالاً وجواباً على مفروغية احتمال إرادة السُّلْطَانِ العادل، بل نفي احتمال إرادته بملاحظة كونها سؤالاً عن تكليف نفسه مِنْ حَيْثُ كونه مبتلاً بالأراضي التي كانت في أيدي السُّلْطَانِ الظَّلمة، ممَّا لا مجال للتأمل فيه، فهذه الرواية أدل من سابقتها على المدعى.

ومنها: رواية عبدالله بن محمد :  
 «عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مِنَ السُّلْطَانِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاكِ بِدِرَاهِمِ مِائَةِ أَوْ بِطَعَامِ مِائَةِ ثُمَّ أَجَرَهَا وَيَشْتَرِطُ لِمَنْ يَزْرَعُهَا أَنْ يَقَاسِمَهُ النِّصْفَ أَوْ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ وَلَهُ فِي الْأَرْضِ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ أَوْ يَصْلَحُ لَهُ ذَلِكَ؟  
 قَالَ : نَعَمْ ، إِذَا حَفَرَ نَهْرًا ، أَوْ عَمِلَ لَهُمْ عَمَلًا يُعِينُهُمْ بِذَلِكَ فَلَهُ ذَلِكَ»<sup>(٢)</sup>.  
 الحديث .

ويمكن أن يُخْدَشَ فيها: كسابقتها بأعمية السُّلْطَانِ مِنَ الْجَائِرِ، وليست الرواية إلا في مقام بيان جواز الإجارة والشرط المذكورين، ولا يتوقف صحتها إلا على إمكان وجود فردٍ صحيح من إجارة السُّلْطَانِ، فلا يثبت بها نفوذ تقبيل الجائر مطلقاً وأجارته .

ويدفعه: ما مرَّ مراراً من بعد الحمل على الأعم، مع ابتلائهم في هذه الأزمنة

١ - وسائل الشريعة: ج ١٩ باب ١٥ ص ٥٣ .

٢ - وسائل الشريعة: ج ١٩ باب ٢١ ص ١٢٧ .

بخصوص الجائر.

ومنها: رواية الهاشمي :

«في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الجبال، وخراج النخل، والأجام، والطير، وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبداً أو يكون....؟»  
قال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره يتقبل منه<sup>(١)</sup>.

والخدشة فيها: بأنه ليس السؤال فيها عن حكم تقبيل الخراج، سيما عن الجائر من حيث هو، بل نفي البأس عن تقبله قبل أن يدرك.  
مندفعة: بظهورها في ذلك بعد ملاحظة ابتلائهم بها.

هذه جملة ما وقفتُ عليها من الأخبار، بحيث يمكن أن يُستظهر منها المطلوب، وإن كانت الأخبار الواردة في هذا الباب في غاية الكثرة، إلا أن المذكورات أظهرها دلالةً، ولكنك خير بأن باب المناقشة فيها واسع، وقد أشرنا إلى بعضها، وطريق الذب عنها، وما ذكرنا وإن لا يخلو بعضها عن تأمل، إلا أن الإنصاف أن السبر فيها، خصوصاً بعد ملاحظة ما فهمه الأعلام منها، يعطى ظهورها في المطلوب، ولكن الالتزام بذلك، والإقتصار بمثل هذا الظهور في رفع اليد عن القوانين المتقنة الثابتة بالكتاب والسنة، المعتضدة بحكم العقل من حُرمة التصرف في مال الغير، مشكل، واثبات الولاية للجائر بها أشكل، خصوصاً بعد ملاحظة شدة اقتضاء الثقة لصدور مثل هذه الأحكام، وامتناع إظهار الحق منهم غالباً، لو لم يكن تقبيلهم نافذاً بحسب الواقع، ولا سيما بعد ملاحظة عدم كون الاستظهارات غالباً من الظهورات الثابت اعتبارها كما لا يخفى، فللتأمل فيها مجال.

نعم، قد يُستأنس لذلك، بل يُستدلّ عليه بما ورد من وجوب امضاء عملهم،

وتقرير مذهبهم، والمماشة معهم على ما يقتضيه مذهبهم، خصوصاً بعد ملاحظة أطباق العلماء - على ما ادّعاه غير واحد - وسيرة الناس في زمان الثلاثة، ومن يحدو حدوهم، وعدم ردع الأئمة عليهم السلام إياهم، وإن أمكن المناقشة فيها أيضاً بما هو أعظم من أصل الاستدلال، إلا أن ملاحظتها موجب لإستيناس الأذهان، وعدم الاستيحاش من إيكال الأمر إلى الفاسق، إذا قضت به الضرورة.

الوجه الثاني: ما دلّ على حلّ قبول الخراج والمقاسمة، بدعوى ثبوت الملازمة بينه وبين جواز التّقبيل.

وتقريب الاستدلال: أنّه لا إشكال ظاهراً - نصّاً وفتوى - في جواز قبول الخراج، الذي هو أجرة الأرض من الجائر، ونفوذ تصرّفه في الخراج يستلزم التّفوذ في التّقبيل أيضاً.

بيان الملازمة: أنّه لو لم ينفذ تقبيله بحيث صارت المنفعة ملكاً للمتقبّل، لم يخرج بدله، أعني الخراج عن ملكه، لأنّ خروج البدل عن ملكه من حيث كونه بدلاً ما لم يدخل في ملكه المبدل، غير معقول، وإذا لم يخرج البدل عن ملكه لا يجوز لأحد التصرف فيه من غير رضاه، وهذا خلاف الفرض، لأنّ المفروض جواز التصرف فيه من دون توقّف على طيب نفس المتقبّل، ولو مع معلوميّته، فهذا يكشف عن خروجه عن ملكه، وصحة المعاملة الواقعة بينه وبين الجائر، أعني تقبل الأرض بالأجرة المعيّنة، وهذا لا ينافي غصبيّة ولايته، وحرمة تصرّفه من حيث الحكم التّكليفي، إذ من الجائر امضاء أفعاله بعد غصب الولاية، واجراء أحكام العادل على أعماله، لمصلحة تقتضي ذلك.

ويمكن الخدشة: فيه بمنع الملازمة، إذ من الجائر توقّف صحة التّقبّل على تقبيل نائب الإمام عليه السلام، أعني الحاكم الشرعي، وجواز دفع البدل إلى الجائر لمصلحة، أو دفع مضرّة.

توضيح ذلك: أنّه لا إشكال في عدم جواز الاستقلال في التصرف على نحو لا

يؤدّي الخراج أصلاً في تلك الأراضي، بل لابدّ للمتصرّف من أن يؤدّي خراجه إلى وليّ الأمر، ومن الجائز اكتفاء الشارع ووليّ الأمر بما يأخذه الجائر ظلماً وعدواناً، عمّا يجب على المتصرّف ادائه إلى المستحقّ، أعني وليّ الأمر إرفاقاً على العباد، بحيث يتحقّق بادائه إليه براءة الذمّة له، نظير اعطاء الزكاة إليهم، إن قلنا بتحقيق البراءة، كما يستفاد من بعض الأخبار.

وعلى هذا، فاللزام على المتقبّل أن يتقبّل الأرض من وليّها - ولو في زمان الغيبة - أعني الحاكم الشرعي، ولا يضرّه دفع البدل إلى الجائر، لاكتفائهم بذلك في براءة ذمّته، وتعيين حقّهم فيما يأخذه الجائر غصباً، فلا منافاة حيثُ بين اذنهم بقبول الخراج، ومنعهم عن تقبيل الأرض، فعُدّ هذا الوجه دليلاً مستقلاً في غاية الضعف. نعم، لو ثبت المدعى بدليل آخر من الأخبار وغيرها، جُعِل هذا الوجه مؤيداً لا دليلاً كما لا يخفى.

الوجه الثالث: دعوى الاتفاق، بل الإجماع على وجوب دفع الخراج إلى الجائر، وحرمة سرقة الحصّة وخيانتها منه، والامتناع من تسليم ثمنها بعد شرائها إليه، وإن حرّمت عليه. ومعلوم أنّ هذه الأحكام لا تتمّ إلّا بعد الالتزام بكونه حقّاً له، بمعنى إمضاء عمله، والمعاملة معه معاملة ذوي الحقوق في حقوقهم، ولازمه وجوب تقبيل الأرض منه ونفوذ تصرّفهم فيها.

والإنصاف أنّه لو تمّ الإجماع لوجب الالتزام بنفوذ تقبيله للملازمة المذكورة، وإنّ أمكن المناقشة فيها أيضاً بما لا يخفى، إلّا أنّ النصف يقطع بذلك أنّ الشارع لأجل مصلحة عامّة نزّله منزلة العادل في بعض أحكامه، ونفوذ تصرّفاته، وإن كانت أفعاله محرّمة عليه لمغصوبيّة أصل الولاية، إلّا أنّ الشارع أوجب علينا أن نعامل معه معاملة العادل، لأجل الحكم والمصالح البيّنة والخفيّة.

ولكنّ الإشكال في إثبات أصل الإجماع، وأما نقله فغير مفيد على المختار، من عدم حجّيته، خصوصاً مع الظنّ بالعدم، إذ الظاهر أنّ صاحب «الكفاية» ومن تبعه

من المتأخرين لا يلتزمون بذلك، بل قد يتأمل بعضهم في أصل جواز الدّفع مع إمكان الامتناع، مستدلاً بجرمة دفع مال الغير إلّا إلى مستحقّه، والقدر الثّابت من جواز دفعه إلى غير مستحقّه إنّما هو في صورة عدم التمكن، فليقتصر عليه، مؤيداً ببعض الأخبار مثل ما روي من أنّ عليّ بن يقطين قال له الإمام عليه السلام:

«إِنْ كُنْتَ وَلَا بَدَّ فاعِلًا فَاتَّقِ أَمْوَالَ الشَّيْعَةِ»<sup>(١)</sup>.

وأنّه كَانَ يُجْبِيهَا مِنَ الشَّيْعَةِ علانيةً ويردّ عليهم.

ومثل مصحّحة العيص في الزّكاة :

«ما أخذ منكم بنو أمية لعنهم الله فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئاً ما

استطعتم»<sup>(٢)</sup>.

إلى غير ذلك من الأخبار.

هذا، ولكنّ الفتوى بالحرمة معروفة، قال المصنّف رحمه الله في مبحث جوائز

السّطان:

«هل يختص حكمُ الخراج، مِنْ حيثُ الخروج عن قاعدة كونه مالاً مغضوباً

محرماً بمن ينتقل إليه، فلا استحقاق للجائر في أخذه أصلاً، فلم يمسّ الشارع من هذه

المعاملة إلّا حلّ ذلك للمتقل إليه، أو يكون الشارع قد أمضى سلطنة الجائر عليه،

فيكون منعه عنه أو عن بذله العوض عنه في العقد معه حراماً.

صرّح الشّهيدين والمحقّق عن جماعة ذلك.

قال المحقّق الكركيّ في رسالته: «ما زلنا نسمع مِنْ كثيرٍ ممّن عاصرناهم - لا

سيما شيخنا الأعظم الشّيخ علي بن هلال رحمه الله - أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته، ولا

جوده، ولا منعه، ولا شيء منه لأنّ ذلك حقٌّ واجبٌ عليه» انتهى.

وفي «المسالك» في باب الأرضين: وذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحد جَحْدُها،

١ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤٦ ص ١٩٣.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٢٠ ص ٢٥٢.

ولا منعها، ولا التصرف فيها بغير اذنه، بل ادّعى بعضهم الاتفاق عليه» انتهى.  
وفي آخر كلامه أيضاً: «أنّ ظاهر الأصحاب أنّ الخراج والمقاسمة لازم للجائر حيث يطلبه ويتوقّف على اذنه» انتهى.

وعلى هذا عوّل بعض الأساطين في شرحه على «القواعد» حيث قال:  
«ويقوى حرمة سرقة الحصّة وخيانتها والامتناع من تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر، وإن حرمت عليه، ودخل تسليمها في الإعانة على الإثم في البداية أو الغاية، لنصّ الأصحاب على ذلك ودعوى الإجماع عليه» انتهى.  
أقول: إن أريد منع الحصّة مطلقاً فيتصرّف في الأرض من غير أجره، فله وجه، لأنّها ملك للمسلمين، فلا بدّ لها من أجره تُصرّف في مصالحهم.  
وإن أريد منعها من خصوص الجائر، فلا دليل على حرمة.

أقول: ظاهرها كما ترى تصرّح بعض بدعوى الإجماع، كما عن «شرح القواعد» وتوقّف التصرف فيها على اذن الجائر، بل ادّعى الاتفاق عليه كما عن «المسالك».

إلا أنّك قد عرفت أنّ الاعتماد عليه مشكّل، خصوصاً بعد ظهور الخلاف كما لا يخفى.

الوجه الرابع: حكم العقل وتقريره بوجهين:

أحدهما: أن يقال لا إشكال بعد انحصار سلطان المسلمين في الجائر أنّه يجب على المسلمين تمكينه المُلْك، وتسليطه على دفع الشرور والمفاسد التي يوجب افشائها اضمحلال الدّين، كما أنّه تجب إعانته على حفظ الثُّغور، ومنع استيلاء الكفّار على المسلمين حفظاً لبيضة الإسلام الذي هو من أهمّ الأمور، بل لو لم يف بذلك بيّت مال المسلمين لَوَجَبَ عليهم كفاية إثارة بقدر ما يتمكّن من ذلك من الأموال، بل النفوس، فضلاً عن دفع الأموال المُعدّة لذلك إليه، ومن البين أنّه لو كان الحكم الشرعي جواز منعه وسرقته لكلّ أحد، للزم ترخيص الشّارع في الإقدام على ما

يوجب اضمحلال الإسلام، وتقوية الكفار على المسلمين، وهو ظاهر البطلان.

والحاصل: أنه لو توقّف حفظ بيضة الإسلام على دفع الخراج وأمثاله، بل وأزيد من ذلك إلى أحدٍ - فاسقاً كان أو عادلاً - يجب من باب المقدمة، من غير فرق بين أن يكون الجائر بنفسه سبباً لضعف العادل، وعدم قدرته على استيلائه وغيره، لأنّ المناط توقّف حفظ البيضة عليه، وفرض أنه لو لم يكن ذلك جائراً ومانعاً عن تسلّط المستحقّ على حقّه، لكان العادل مسلّطاً، غير مقتضٍ لنفي الوجوب الفعلي، بل أنّما يوجب حرمة تصرّف الجائر لا غير، وإذا وجب دفع الخراج إلى الجائر لتوقّف نظام أمور المسلمين عليه معاشاً ومعاداً، يلزمه نفوذ تصرّفاته، لكونه متممّاً للفرض، وإذا كان كذلك يلزمه نفوذ تقييله في الأرض بالتقريب المتقدّم.

وثانيهما: أن يقال إنه لا إشكال في أنه ليس لأحدٍ أن يصرف منافع تلك الأراضي فيما يشتهي، بل لها مصارفٌ خاصّة، أعني صرفها في مصالح المسلمين، كما أنه لا شبهة في عدم جواز حبسها، لكونه إضاعة للحقوق، ولا شبهة أنه لا يقدر كلّ أحدٍ أن يصرفها في مصارفهم، لكونها أموراً عظيماً كنظم الأمور، وسدّ الثغور، وحفظ الطّرق، ومنع الكفار عن الغلبة على المسلمين، وغير ذلك من الأمور التي لا يقدر على اصلاحها إلّا السّلاطين، فاذا انحصر السّultan في الجائر، وجب دفعها إليه بعد العلم بأنّه يصرفها في تلك المصارف، والعلم بتضييع بعض منه لا يضرّ بالحكم المذكور، لأنّ تضييع بعضٍ وصرف الباقي أولى من تضييع الكلّ.

مع أنه يمكن أن يقال: إنه بعد العجز عن صرفها في مصارفها، وعدم قدرة عادل على صرفها كذلك، لا يجب علينا إلّا دفعه لمن يقدر على ذلك. وأمّا أصل الصّرف فليس علينا، لأنّه تكليف ذلك الآخذ المتمكّن دون الدّافع، فتأمل.

ولا يخفى عليك أنّه لو تمّ هذا الدّليل لكان دلالته بالنسبة إلى السّultan الموافق أتمّ، إلّا أنّ الكلام في تماميّته، لأنّ الدّليل المذكور بعد تسليمه، لا يدلّ إلّا على وجوب دفع الخراج إلى الجائر، وأمّا نفوذ تقبّله، بمعنى أن يكون المعين شرعاً على



المتقبل ما عيّنه الجائر - سواء زاد عن أجره الأرض أم نقص - فلا، إذ لا مانع من أن يكون أمره بيد النائب العادل، ولكن يجب لأجل هذا الدليل دفع الأجرة إلى الجائر. ولا يقاس هذا الدليل على سابقه، حيث قلنا بثبوت الملازمة فيها، لأن ثبوتها على هذا الفرض إنما هو لأجل ثبوت الحق له، على ما صرح به بعضهم، وتقرير فعل الجائر، وامضاء عمله بعد استيلائه على الحق، ومعلوم أن ذلك يقتضي نفوذ تقييله أيضاً، وأما هذا الدليل فلا يقتضي إلا وجوب اداء الخراج إليه، وإعائته على تقوية الدين، وذلك لا يقتضي نفوذ تقييله، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

قوله عليه السلام: «أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث»<sup>(١)</sup>.

وهو انحصار الجواز بصورة اذن الحاكم الذي هو نائب الامام عليه السلام، أما عدم الجواز في غيرها، فلكونه مطابقاً للأصل وهو حرمة التصرف في أموال الغير، وعدم ثبوت دليل يدل على الجواز، لما عرفت من الخدشة في الأدلة السابقة، وستعرف في أدلة بعض الأقوال الآتية.

هذا ما يقتضيه ظاهر كلامه حيث جعل القسم الأول انحصار الجواز بما أعطاه السلطان، ومعلوم أن المقابلة تقتضي إرادة الانحصار في القسم الثالث، فالقسم الثالث هو أنه لا يجوز التصرف في غير ما أذن الحاكم مطلقاً - اذن السلطان أم لم يأذن - وقد صرح بهذا المعنى نظراً إلى ظاهر اللفظ سيّد مشايخنا أدام الله أيام إفاضاته، ولكنني لا أظن إرادة ذلك، بل ادّعي ظهورها في أن مفروض المسألة في صورة فقد اذن السلطان، وأن صورة الاذن مفروغ الجواز، بحيث لا مجال للتأمل فيه، فكان كلامه في قوة أن يقال، أما التصرف في زمان الغيبة في غير ما أعطاه السلطان الذي ثبت جوازه، وحلّ قبول الخراج منه بالدليل المعبر، بحيث لا مجال لانكاره، ففيه وجوه:

عدم الجواز مطلقاً.

والجواز مطلقاً.

وعدم الجواز إلا باذن الحاكم الشرعي.

والنفصيل.

وهذا المعنى وان كان مخالفاً للظاهر في بادي النظر، إلا أن التأمل في كلامه يعطي ظهوره في ذلك، بل لا يبعد دعوى القطع بأن مراده ذلك بعد التأمل حيث أنه ﷺ ذكر بُعيد ذلك في حكم ما ينفصل عن الأراضي المفتوحة عنوة كأوراق الأشجار وغيرها أن مقتضى القاعدة عدم صحّة أخذها إلا من السلطان الجائر، أو من حاكم الشرع، متفرّعاً على ما ذكره سابقاً. هذا بظاهره مطابقاً للوجه الثالث الذي ادّعى كونه أوفق بالقواعد، بناءً على ما ادّعينا من التوجيه، من إرادة انحصار جواز التصرف في غير ما أعطاه السلطان باذن الحاكم.

وأما بناءً على المعنى الآخر، فلا يخفى ما بين الكلامين من التنافي، فضلاً عن صحّة التفرّيع عليه، هذا مضافاً إلى أنه لا شبهة في أن انحصار الجواز باذن الحاكم أو الجائر على سبيل منع الخلو أيضاً له وجه في المقام، بل يظهر من كلامه في مسألة ما ينفصل عن الأراضي، وكذا في مبحث جوائز السلطان اختياره لذلك، فلا وجه لتركه في عداد الوجوه مع كونه أوجهها.

وكذا يشهد لما ذكرنا من التوجيه، ما ذكره مُستشهداً بفتوى الأصحاب بحرمة السرقة، كما لا يخفى.

هذا كله مضافاً إلى إمكان دعوى ظهور توصيف ما أعطاه السلطان في صدر الكلام بما وصفه في ذلك، حيث أن سوقها ما أعطاه السلطان، بل الإنصاف أن ظهور التوصيف في هذا المعنى ممّا لا ينبغي انكاره.

قوله: «ثُمَّ الرَّابِعُ»<sup>(١)</sup>.

وهو التفصيل بين مَنْ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْأَرْضِ وَمَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا.  
أَمَّا دَلِيلُ نَفْيِ الْجَوَازِ عَلَى غَيْرِ الْمُسْتَحَقِّ، فَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِهِ مُطَابِقاً لِلْأَصْلِ.  
وَأَمَّا دَلِيلُ الْجَوَازِ لِلْمُسْتَحَقِّ، فَلَمَّا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ ظُهُورِ بَعْضِ الْأَخْبَارِ فِي ذَلِكَ:

منها: رواية أبي بكر الحضرمي:

قال: «دَخَلْتُ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام وعنده ابنه إسماعيل فقال ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج ثبات الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس ويعطيهم ما يعطي الناس.

ثم قال: لم تركت عطائك؟

قلت: مخافةً على ديني.

قال: ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أما علم أن لك في بيت المال نصيباً!»<sup>(٢)</sup>.

قوله: «مخافةً على ديني» يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون خوفه لأجل كونه من جوائر الظالمين، وعدم عمله بحليته.  
ثانيهما: أن يكون خوفه على دينه لأجل معاشرة الظلمة، وبجاستهم التي يتوقف أخذ العطاء عليها التي تكون موجبة لعدم مبالاة الإنسان بأحكام الشرع، ووقوعه في مظان ارتكاب ما يخالف الشرع، لا لأجل أصل العطاء، بل كان حلية نفس العطاء عنده معلوماً.

ولكن الاحتمال الأول أظهر بملاحظة صدر الرواية، مع قطع النظر عن جواب

١ - كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ١٠.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٥١ ص ٢١٤.

الإمام عليه السلام، إلا أنه بعد ملاحظة جواب الإمام عليه السلام يكون مرجوحاً بالنسبة إلى الاحتمال، لأنه لو كان خوفه من نفس العطاء، لكان الأنسب أن يقول الإمام عليه السلام لا بأس بذلك، فقله عليه السلام بعد ذلك لم يبعث هو بعطائك يكشف عن أن خوفه إنما هو عن ذهابه عند ابن أبي سهاك.

وكيف كان، فالظاهر جواز تصرف من له النصيب بمقدار نصيبه من بيت المال من دون مراجعة السلطان، ومعلوم أنه لا فرق بعد انتفاء اذن الجائر في اداء الغير نصيبه أو اتخاذه بنفسه.

ويمكن المناقشة فيه: بإمكان كون ابن أبي سهاك مأذوناً من قبل الإمام عليه السلام أو الجائر في التصرف، بل الظاهر أنه كان نائباً عن الجائر، ومأذوناً من قبله في التصرف بالاذن العام، فلا يثبت به المطلوب.

ومنها: صحيحة ابن سنان:

«أن لي أرض خراج وقد ضقتُ بها ذرعاً.

فَسَكَتَ هُنَيْئَةً فَقَالَ: إِنَّ قَائِمَنَا عليه السلام لو قد قام كان نصيبك من الأرض أكثر»<sup>(١)</sup>.

قوله «قد ضقتُ بها ذرعاً» كناية عن ضيق الصدر، فشكى عند الإمام عليه السلام أنه ضاق خلقه لأجل ذلك، وذلك يحتمل أن يكون مسبباً عن زيادة خراج الأرض، ويحتمل أن يكون لأجل ابتلائه بأموال الظلمة، وكونه مأخوذاً منهم، ولكن الاحتمال الثاني أظهر بقرينة كلام الإمام عليه السلام في مقام التسلي فكا أنه قال عليه السلام: لا بأس به لو قام قائمنا عليه السلام نصيبك أكثر من ذلك، ومعلوم أن ذلك غير مناسب للاحتمال الأول، لأن المناسب له أن يقول: إن الله عزيز ذو انتقام، ينتقم حقك منهم.

وكيف كان فالظاهر منها حلية أرض الخراج لمن كان له نصيب.

وفيه: أنه لا يدلّ على جواز التصرف من دون إذن الجائر، إذ غاية الأمر تقريره لتلك الأرض، وبيان عدم البأس بذلك، وليس من الممتنع أن يكون اتّخاذه أولاً باذن الجائر كما لا يخفى.

قوله: «ثمّ الخامس»<sup>(١)</sup>.

ووجه التفصيل:

أما دليل المنع فقد مرّ غير مرّة.

وأما الجواز فقد ذكر المصنّف أنّه لعموم أدلّة الإحياء، ولا يخفى عليك أنّه إنّما ينفع لو قلنا باستفادة الاذن منها، حتّى بالنسبة إلى الأراضي التي ليست رقبته للإمام عليه السلام، بل كان وليّاً على مالكة.

وأما لو قلنا بعدم استفادة الاذن منها على هذا النحو، فلا يتمّ العموم، إذ لا إشكال، بل لا خلاف في أنّ الموات التي سبقها ملك مسلم ليس الإحياء بنفسه سبباً تامّاً في تملكها، بل يتوقّف على اذن مالكة أو وليّه. والمفروض عدم استفادة اذن الوليّ أعني الإمام عليه السلام بالنسبة إليها، فلا يفيد إحيائها في التملك، ولو استفيد سبباً الإحياء في هذا الفرد أيضاً من العموم إلّا أنّ الإجماع وأدلة الطّيب مقيدة لها بصورة الاذن، وهذا بخلاف الموات الأصلي فإنّ الإحياء فيها مملّك ولو لم نقل باستفادة الاذن من تلك الأخبار، لما عرفت في محله من إمكان منع الحاجة إلى الاذن في الموات الأصلي في زمان الغيبة، مضافاً إلى ثبوت الاذن للشّيعه في التصرف في أموالهم بأخبار التّحليل. ومعلوم أنّ أخبار التّحليل لا تشمل هذا المورد لاختصاصها بأموالهم. وقد تبين أنّ الأرض المفتوحة عنوةً مال للمسلمين، فلا يشملها.

ولا يخفى عليك، بعد التأمّل فيما ذكرنا من أدلّة الوجوه، وجه الترتّب في

الأَوْفَقِيَّةُ بالقواعد بين الوجوه الثلاثة، وأنت إذا أَحطْتَ خُبْرًا بما ذكرنا، تعلم دليل الوجه الأوَّل ووجه ضعفها.

أما وجه عدم الجواز، فلما مرَّ مراراً من كونه مطابقاً للأصل.  
وأما الجواز فيما أعطاه السُّلطان، فللأخبار المتكاثرة المتظافرة، والإجماعات المنقولة، وغير ذلك من الوجوه المذكورة.

ووجه الضَّعْف: انقطاع الأصل المذكور بعموم أدلَّة الثَّيَّابَةِ، خصوصاً في أمثال المقام، كما أسلفنا بيانه.

وتوهم: أن ولاية الحاكم إنما هي على أموال مَنْ لا وليَّ له، وبعد إثبات ولاية الجائر لا يبقى موضوع ولاية الحاكم.

مدفوع: بما علمنا يقيناً من ولاية الإمام عليه السلام في حال حضوره مطلقاً، ولو بعد استيلاء الجائر، وامضاء أعماله لمصلحة، ولم تكن ولايته سبباً لرفع ولاية الإمام عليه السلام، فعلى هذا يتحقَّق لنائبه أيضاً هذا النَّحو من الولاية التي كانت له في حال حضوره، بحيث كان له التصرُّف فيها مع وجود الجائر، فكذلك لنائبه أيضاً ذلك حال المنوب عنه في كلِّ ما ناب عنه، كما لا يخفى.

وأما دليل الوجه الثاني: الَّذِي هو جواز التصرُّف فيها مطلقاً، وهذا الوجه بظاهره أضعف الوجوه، بل لا يبعد كونه مخالفاً للإجماع، وظاهر هذا القائل عدم التزامه بجواز صرفه الخراج في كلِّ ما يشتهيه، بل يقول بوجوب صرفه إلى مصارفه. غاية الأمر أنَّه يثبت لأحد الشيعة الولاية عليها، بحيث يجوز له تقبُّلها من نفسه، وتقبُّلها إلى الغير، وغير ذلك من مناصب الوليِّ، فما ذكره المصنِّف رحمته الله من التأييد والتفريع من جواز التصرُّف في عينها مجَّاناً، فلعله ممَّا لا يقول به، بل الظَّاهر من كلامه خلافه.

اللَّهم إلَّا أن يكون مراده عليه السلام غير ما وقفنا على كلامه.  
وكيف كان، فقد استدلَّ هذا القائل على مذهبه بأخبار التَّحليل:

منها: ما في صحيحة عمر بن يزيد :

«وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهُمْ فيه محللون، يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا عليه السلام...» <sup>(١)</sup> الخ.

وفيه: ما عرفت فيما سبق من لزوم ارتكاب التأويل في هذه الرواية، أمّا بحملها على مرتبة من الملكية بحيث يجتمع مع ملكية المسلمين، بل الكفار من أهل الذمة وغيرها، لا على الملكية الظاهرية المتعارفة، لقيام الإجماع بل الضرورة على عدم جواز السرقة، والأخذ غصباً، والتصرف فيها من غير اذنتهم للشيعة، من الأراضي التي كانت في أيدي المخالفين وأهل الذمة، ومعلوم أنه لو كانت كلها للإمام عليه السلام بهذه الملكية الظاهرية المتعارفة، لما احتاج بعد تحليله واذنه للشيعة إلى اذن هؤلاء المتصرفين في جواز التصرف أصلاً، وهذا مما تشهد الضرورة بخلافه.

وأمّا من تخصيصها بالموات الأصلي وغيرها من الأنفال التي ثبت كونها للإمام عليه السلام، بهذه الملكية الظاهرية، وغيرها من المحامل، وإلا فلا يجوز رفع اليد عن الأخبار الكثيرة الدالة على أن الأرض التي فتحت عنوةً للمسلمين.

ومثل ما دلّ على: «أن أرضاً صولح عليها أهلها فهي لهم». وغير ذلك من الأدلة الدالة على عدم جواز التصرف فيها إلا باذن أهلها، مسلماً كان أو كافراً.

وبالجملة: فلا شبهة في أن هذا الخبر الشريف، وكذا ما يوافقه في المضمون بالنسبة إلى الأراضي التي سبقها، ملكٌ مالكٍ من الملاك الصوريّة الظاهرية، من المتشابهات التي لا يعلم تأويلها، فليردّ علمه إليهم عليهم السلام.

وكيف كان، فلا إشكال ولا تأمل في أنه لا يجوز لأحد التصرف في أرض الغير مطلقاً، مسلماً كان أو كافراً إلا باذن مالكها أو وليّه.

وأما الأرض الموات التي هي ملك الإمام عليه السلام، فقد أسلفنا الكلام فيها، وقلنا بأنَّ اللازم أنَّ الالتزام بسقوط الإذن في خصوصها، لتقديم أدلة الأحياء، وأما بدعوى ثبوت الإذن منهم عليه السلام بالنسبة إليها، وهذا بخلاف الأرض المفتوحة التي قد ذكرنا أنَّها ملك للمسلمين.

هذا كله، مع أنَّ مقتضى الاستدلال بهذا الخبر حلية الأرض التي لازمها عدم وجوب دفع الخراج، مع أنَّ الظاهر من كلامه أنَّه لا يلتزم بذلك.  
ومنها: رواية يونس أو المعلّى:

«ما لكم في هذه الأرض؟»

فتبسّم إلى أن قال: فما سَقَتْ أوِ اسْتَقَتْ فهو لنا، وما كان لنا فهو لشيعةنا<sup>(١)</sup>.

وقد ظهر ممَّا ذكرنا في الرواية ضعف الاستدلال بها، مع أنَّ مورد السؤال فيها غير معلوم، فما أضعف ما ذكر في تقريب الاستدلال بهذه الرواية، بأنَّها تدلُّ على أنَّ ما كان لهم فهو لشيعةهم، والتصرف في تلك الأراضي كان لهم.

توضيح الضعف: استلزامه لإثبات الولاية المطلقة التي كانت للإمام عليه السلام، بل المناصب كلها من القضاء وأجراء الحدود وغير ذلك ممَّا كان وظيفة الإمام عليه السلام لأحد الشيعة، عادلاً كان أم فاسقاً، عالماً أم جاهلاً.

ومنها: ما في رواية ابن المغيرة:

«وَكُلُّ مَنْ وَالَى آبَائِي فَهُمْ فِي حِلٍّ مِمَّا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ حَقَّنَا، فَلْيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ»<sup>(٢)</sup>.

وضعف الاستدلال بها: ظاهرٌ لأنَّ المراد من الحقِّ، أموالهم التي في أيدي

١ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٥٠.

٢ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٧.



مواليهم، لا حقّ الولاية والتصرّف، بقرينة ما في أيديهم، مع أنّه لو سلّم شموله لحقّ الولاية وغيرها من حقوق الأئمة عليهم السلام، ليردّ عليه ما أوردنا على سابقه من إثبات الولاية المطلقة على الغيب والأيتام والسفّهة والمجانين، بل أولويّة كلّ أحد، فاسقاً كان أو عادلاً، بمن عداه من أموالهم وأنفسهم، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله كان أولى بالمؤمنين من أموالهم وأنفسهم، وكذا الأئمة عليهم السلام.

وكذا لا يخفى ما في الاستدلال برواية المرقى:

«النّاس كلّهم يعيشون في فضل مظلّمتنا، إلّا أنا أحلّلنا شيعتنا من ذلك»<sup>(١)</sup>.

ولا يخفى عليك أنّ الاستدلال بهذه الروايات لإثبات الأولويّة لأحاد الشيعة، ممّا لا ينبغي صدوره عن الفقيه.

قوله عليه السلام: «لعموم مَنْ سَبَقَ إلى ما لم يسبقه المؤمن فهو أحقّ به»<sup>(٢)</sup>.

أقول: التمسك به لإثبات حلّ التصرّف في المنفصلات عن الأراضي لا يخلو عن إشكال، لأنّ الأجزاء المنفصلة، أمّا أن يكون انفصالها سبباً لخروجها عن صدق كونها جزء منها عرفاً كأوراق الأشجار والأخشاب الثابتة عليها، وأمّا لا. وعلى الأوّل: لا شبهة في دخولها تحت عنوان منافع الأرض، فيجب صرفها في منافع المسلمين كسائر منافعها.

وعلى الثاني: فلا إشكال في إجراء حكم الكلّ عليها، في إبقاء عينها، ووجوب منافعها في مصالحهم.

نعم، لو خرج بذلك عن قابليّة الانتفاع بمنافعها، لا يبعد الالتزام بجواز صرف عينها أو قيمتها في مصالحهم، وأمّا جواز سبق كلّ أحد إلى تملكه، فلا إشكال في فساده بعد الالتزام بكونها ملكاً للمسلمين، ووجوب إبقاء عينها، وصرف منافعها

١ - وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٣ ص ٥٣٩.

٢ - كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ١٥.

في مصالحهم، لأنها شيء مملوك ومالكها معلومٌ عيناً كانت أو منفعة، فلا يجوز التصرف فيها إلا بأذن وليها، فكما أنه لا تخرج هذه الأجزاء بانفصالها عن ملك شخص عن كونها مملوكة له ولا يجوز أخذها، فكذا فيما نحن فيه.

وبالجملة: حالها ليس إلا كالوقف على المسلمين، على أن تُصرف في مصارفهم بمقتضى ما يراه المتولي المصلحة لهم، فكما أنه لا يجوز اتلاف أجزائها بالانفصال، كذلك فيما نحن فيه.

ثمّ اتانا لو شككنا في حكم هذه الأجزاء، إمّا لأجل عدم الالتزام بكون رقبة تلك الأراضي ملكاً للمسلمين، وقلنا بأن الواجب أنما هو صرف خراجها في مصالحهم، أو قلنا بأن رقبته وإن كانت ملكاً لهم، إلا أن المتعين صرفها في مصالحهم، أنما هو خصوص الخراج دون مطلق المنفعة، وأن ما عدا الخراج من المنافع لم يبين حكمها في تلك الأدلة، كما أن أدلة وجوب إبقاء الأرض إنما تنصرف إلى نفس رقبته دون المنفصلة عنها بعد انفصالها.

فحينئذ نقول: إن خرجت تلك الأجزاء بالانفصال عن صدق اسم الأرض، ودخلت في منافعها، فهي مما لم يُبين حكمها، وإن كانت باقية على صدق الاسم وكونها جزءاً، فأدلة وجوب الإبقاء منصرفة عنها.

وكيف كان، فيمكن التمسك بعموم «من سبق» بناء على كونه مسبوقاً لبيان الموضوع، فيكون بمنزلة قولنا السبق سبب لأن يكون السابق أحق من غيره، نظير قولنا البيع سبب للملك، ففي كل مورد خاص نشك في السببية، نتمسك بالعموم.

ولا يخفى عليك أن دلالة الرواية على المدعى، على القول بكونها ملكاً للمسلمين حقيقة، لا تتم إلا بدعوى شمولها لمثل اللقطة بأن يقال إن التصرف في زمان ضياعها مما لم يسبقه مسلم، فهذا السابق المتصرف فيها أولى بها في التصرف فيها، ما دام ضائعاً، لا في أصل ملكية الرقبة، فإن مالكها الأصلي أسبق من هذا المتصرف، فلو وجد كان له انتزاعها على فرض انحصار الدليل بذلك، وكذا فيما نحن فيه.

وَأَمَّا لَوْ لَمْ نَقْلْ فِيهَا بِذَلِكَ، بَلْ قُلْنَا بِأَنَّهُ قَدْ سَبَقَهُ مُسْلِمٌ آخَرٌ فِي الْمِلْكِيَّةِ، وَالنَّاءُ إِنَّمَا هُوَ فَرْعُ الْمِلْكِ، وَحُكْمُ جَوَازِ التَّمْلِيكِ قَدْ ثَبَتَ بِدَلِيلٍ آخَرَ، فَلَا وَقَعَ لِهَذَا الدَّلِيلِ فِي مُورَدِهَا كَمَا لَا يَخْفَى.

هَذَا كُلُّهُ إِنْ قُلْنَا بِكَوْنِهِ مَسْوَاقاً لِبَيَانِ الْمَوْضُوعِ، وَلَوْ قُلْنَا بِكَوْنِهِ مَسْوَاقاً لِبَيَانِ الْحُكْمِ، أَعْنَى حَقِيقَةِ السَّابِقِ، لَا مُسَبِّبِيَّتَهُ بِالسَّابِقِ، فَلَا بِجَمَالِ التَّمَسُّكِ بِالْعُمُومِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقَالَ السَّابِقُ فِيمَا يَجُوزُ السَّابِقُ إِلَيْهِ، يَعْنِي فِي الْأَشْيَاءِ الْمُبَاحَةِ الَّتِي يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا مُوجِبٌ لِأَحَقِيقَةِ السَّابِقِ، كَمَا فِي الْمَسَاجِدِ وَالْمَدَارِسِ وَغَيْرِهَا. وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَوْ شَكَّ فِي أَصْلِ الْجَوَازِ لَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِالْعُمُومِ لِأَنَّ إِبْطَالَ الْحُكْمِ فَرْعٌ إِحْرَازِ الْمَوْضُوعِ، وَمَا يُتْرَأَى مِنْ بَعْضِ مَنْ التَّمَسُّكُ بِالْعُمُومِ فِي الشُّبُهَاتِ الْمَصْدَاقِيَّةِ فَقَدْ يَتَنَا فِي مَحَلِّهِ أَنَّهُ عَلَى خِلَافِ التَّحْقِيقِ.

هَذَا، وَلَكِنْ الظَّاهِرُ مِنَ الْعُلَمَاءِ - عَلَى مَا نَسَبَ إِلَيْهِمْ سَيِّدُ مَشَائِخِنَا أَدَامَ اللَّهُ أَيَّامَ إِفَاضَاتِهِ - اسْتِفَادَةَ كَوْنِ الْخَبَرِ مَسْوَاقاً لِبَيَانِ السَّبَبِيَّةِ، حَيْثُ أَنَّهُمْ كَثِيرٌ مَا يَتَمَسَّكُونَ بِهَا فِي الْمَوَارِدِ الْمَشْتَبِهَةِ مِثْلَ اللَّقْطَةِ وَنَظَائِرِهَا، فَلْيَتَأَمَّلْ.

ثُمَّ أَنَّهُ لَا يَخْفَى أَنَّ أَكْثَرَ الْأَحْكَامِ الثَّابِتَةِ لِتِلْكَ الْأَرْضِ الْمَفْتُوحَةِ عَنُودٌ مُخَالَفٌ لِلْأَصُولِ وَالْقَوَاعِدِ، فَلَا بَدَّ فِي مَوَارِدِ الْاِشْتِبَاهِ وَعَدَمِ ثُبُوتِ كَوْنِهَا مَفْتُوحَةً عَنُوداً مِنَ الرَّجُوعِ إِلَيْهَا، فَلَوْ شَكَّ فِي أَرْضِ أَنَّهَا هِيَ مِمَّا فُتِحَتْ عَنُوداً، أَوْ مِمَّا صُولِحَ عَلَيْهَا أَهْلُهَا، عَلَى أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَلَيْهِمْ خَرَاஜُهَا، أَوْ عَلَى أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ لَهُمْ؟ فَقَتَضَى الْاِسْتِصْحَابُ بَقَائُهَا عَلَى مَلِكِ الْكُفَّارِ، وَعَدَمِ اِنْتِقَالِهَا إِلَى الْمُسْلِمِينَ بِالصَّلْحِ، أَوْ الْفَتْحِ عَنُوداً، فَيَجُوزُ اِبْتِيَاعُهَا مِنْ وَرَثَتِهِمْ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْمِلْكِيَّةِ.

وَكَذَا لَوْ شَكَّ فِي أَنَّهَا هِيَ كَانَتْ حَيَاةً حَالِ الْفَتْحِ حَتَّى تُنْقَلَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ، أَوْ مُوَاتِنًا بِالْأَصَالَةِ؟ فَالْأَصْلُ عَدَمُ طَرَوْ الْحَيَاةِ، وَبَقَائُهَا عَلَى مَلِكِ الْإِمَامِ ﷺ. وَأَمَّا لَوْ عَلِمَ بِخُرُوجِ أَرْضٍ عَنْ مَلِكِ أَهْلِهَا، وَلَكِنْ شَكَّ فِي أَنَّهُ هَلْ بَادَ عَنْهَا أَهْلُهَا

فتكون ملكاً للإمام ﷺ، أو فُتِحَتْ عَنْوَةٌ حَتَّى تكون ملكاً للمسلمين؟ فلا أصل هنا، لأنَّ كلاً منها حادثٌ مسبوقٌ بالعدم، فلا بدَّ في احكامها من الرجوع إلى القواعد، من عدم جواز التصرف فيها إلا بأذن الحاكم، وعدم جواز خراجها، وغير ذلك من الأحكام.

نعم لو قلنا بأصالة الاباحة في الأملاك، لأتجه القول بالجواز في الموارد المشتبهة كما لا يخفى.

ثمَّ أنه هل تثبَّت تلك الأراضي بقول المؤرخين ومطلق الظنِّ، فيه وجهان: أظهرهما العدم، لأنَّ إثبات حجّية قول المؤرخين، خصوصاً لو لم يكونوا عدولاً مشكلاً، واجراء دليل الانسداد في مثل المقام لإثبات حجّية مطلق الظنِّ أشكل، إذ لا يلزم محذورٌ من الرجوع إلى الأصل، وكذا العمل بالاحتياط في الموارد المشكوكة، فلا يتمّ مقدّمات دليل الانسداد حتّى يثبت حجّية مطلق الظنِّ.



## [في بيع الوقف]

قوله: «لا يجوز بيع الوقف إجماعاً...»<sup>(١)</sup>

أقول: يمكن أن يُدعى الإجماع على وجه به يؤسس الأصل في المسألة، بأن يقال لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف، ما لم يرد دليل على جوازه، بل عليه الإجماع، ويدل على كونه إجماعاً تشبث المجوزين في الموارد الخاصة بالأدلة الحاكمة عليه في خصوصها، من العقل والتقل، بحيث لو لم يتم الدليل لكان ملتزماً بالفساد، كما يظهر لمن تتبع في أدلتهم، فتى شككنا في موردٍ خاص، فالحكم عدم جواز البيع بالإجماع، ولا يضاده وجود الخلاف في خصوص المورد، لأن المجوزين زعموا نهوض الدليل على الجواز، وعلى فرض بطلان دليلهم هم أيضاً قائلون بالفساد. ثم أنه بعد الغض عن الإجماع نقول:

إن صيغة الوقف بمدلولها اللفظي تدل على عدم جواز التقل، كما اعترف به المصنف في بعض كلماته، لأن الوقف إما بمعنى الحبس والمنع عن طرق التصرف، أو بمعنى التوقف والسكوت، فمعنى «وقفته» يعني جعلته محبوساً عن طرق التغيرات، أو بمعنى أثبته على حاله، وأبقيته بحيث لا يتغير، أو ما يؤدي هذا المعنى.

وعن «القاموس»: «وَقَفَّ يَقِفُ وقوفاً، أي قام قائماً، ووقفته أنا فَعَلْتُ به ما وَقَف، كوقفته وأوقفته» انتهى.

والظاهر أن جميع معاني الوقف مأخوذ من هذا المعنى، واستفادة معنى الحبس والمنع باعتبار خصوصيات الموارد وتعلقاته ببعض الموارد.

وكيف كان، فعنى «وَقَف العين على أشخاص لينتفعوا بها» حسبها عليهم وابقائها لهم، بحيث لا يتعدى إلى غيرهم، إذ لا معنى لحبس العين ووقفها إلا ذلك، وليس في مفهومه التملك أصلاً، وتأديته بلفظ التصدق أحياناً لا يوجب صرف لفظ الوقف عن معناه، وإرادة التملك المطلق منه كما لا يخفى، بل انضمام القرينة إليه يوجب صرف لفظ التصدق عن ظاهره، وإرادة معنى الوقف منه. ألا ترى أنه لو لم ينضم إليه القرينة لكان اللازم حمله على التملك المطلق.

وبما ذكرنا ظهر أن الدوام ما دام الوصف، وكذا عدم جواز الثقل والتغير قد اعتبر في ماهية ما أنشأه الواقف، وما ذكره المصنف رداً على البعض من النقض بتأديته بلفظ التصدق، لعله في غير محله، بل هو مناف لما في بعض كلامه حيث قال: «إن جواز البيع لا ينافي صيغة الوقف، وإن أخذ فيها الدوام والمنع عن المعاوضة عليه»<sup>(١)</sup> انتهى.

فنقول: بعد معرفة اعتبار الدوام في مفهوم الوقف، وأن الوقف أراد بإنشائه، لا حاجة لنا إلى تجسّم الاستدلال لإثبات الملزوم، وعدم جواز الثقل، بعد إثبات صحته، وكونه ماضياً في نظر الشارع فامضاء ما أنشأه الواقف مساوئق للزوم وعدم جواز الثقل، وكونه ممضياً في نظر الشارع معنى صحته فجواز البيع يناقض صحته كما ذكره البعض، لا لزومه، كما اختاره المصنف.

وعلى ما ذكرنا ظهر اتجاه الاستدلال بقوله ﷺ: «الوقوف على حسب ما

يُوقفها أهلها»<sup>(١)</sup> لإثبات عدم جواز البيع، لأنّ الواقف أراد الدوام بحسب ظاهر لفظه، فالوقف أنّما يكون على حسبه، وأمّا لو لم نقل باعتبار الدوام في مدلول الصيغة، لما كان للاستدلال به وجهٌ، إذ لم يُعلم إرادته من الخارج، ولو بانضمام قرينة، بل الأصل اللفظي يقتضي عدمها، كما لا يخفى، ولا يخفى عليك، أنّ هذه الرواية أنّما تدلّ على صحّة الوقف، وكونه على حسب إنشاء الواقف، فدالتها على عدم جواز التصرف في العين الموقوفة، أنّما هو لأجل إرادة الواقف هذا المعنى، لا لكونها مسوقةً لبيان عدم جواز التصرف، فاستدلال المصنّف بها كعبارته السابقة ينافي ما اختاره من عدم المنافاة بين الصحّة وجواز البيع، فافهم.

قوله: «ورواية أبي عليّ...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: دلالتها واضحة.

قوله: «مثل ما عن الرّبعي»<sup>(٣)</sup>.

أقول: تماميّة الاستدلال بهذه الرواية بعد فرض كون الوصف وصفاً لنوع الصدقة لا لخصوص شخصها، موقوفةً على قيام دليل من الإجماع وغيره على انحصار الوقف بهذا النوع، كما أنّ هذا النوع منها منحصر في الوقف.

قوله: «إذ لم يقل أحدٌ ممّن أجاز بيع الوقف...»<sup>(٤)</sup>.

أقول وفيه: أنّ من الجائز أن يكون خروجها عن الوقفية ما دام متّصفاً بهذا الوصف المجوّز للنقل، وبعد زوال الوصف يرجع إلى الوقفية على فرض بقاء المحلّ، والدليل على رجوعه إليها الإجماع.

والحاصل: أنّه بعد إثبات منافاة صحّة الوقف مع جواز البيع، لا بدّ من

١- وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٧٥.

٢- كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ٣٣.

٣- كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ٣٥.

٤- كتاب المكاسب: ١٦٤ سطر ٢١.

الالتزام بخروجه عن الوقفية ما دام جائزاً ببيع.

وأمّا رجوعه إلى الوقفية، فلا استبعاد فيه بعد مساعدة الدليل عليه؛ فحينئذٍ نقول لو دلّ دليلٌ على جواز بيع الوقف، ولزوم تبديل ثمنها بعينٍ أخرى، لم يكن إنشاء الواقف في هذا الجزء من الزّمان ممضًى بالنسبة إلى شخص العين، لو تعلّق غرضه ببقائها بعينها في هذا الزّمان أيضاً.

وأمّا الممضًى في هذا الزّمان، هو إبقاء ماليّتها لا خصوصيّتها، ولو قام الدليل على جواز اتلاف الثمن أيضاً كشدة حاجة أربابها، لم يكن انشائه بالنسبة إلى هذا الجزء ممضًى أصلاً، لا بالنسبة إلى خصوصيّة العين، ولا بالنسبة إلى مقدار ماليّته. ولا يخفى عليك أنّ دليل المجوّز للنقل إنّما يدلّ على جوازه ما دام هذا الوصف موجوداً كشدة الحاجة مثلاً، فهذا الدليل يخصّص دليل الامضاء بالنسبة إلى هذا الجزء من الزّمان، مثلاً معنى الوقف إلزام إبقاء العين إلى آخر الأبد، ودليل الامضاء يدلّ على صحّة هذا الإلزام ووجوب الإبقاء، ودليل المجوّز يدلّ على أنّ الالتزام بالزام الواقف في زمان شدة الحاجة ليس ملازم، فهذا الدليل يُخصّص دليل الإمضاء.

وبهذا التقرير ظهر أنّه لا حاجة لنا في التمسك بالإجماع لرجوعها إلى الوقفية بعد زوال الوصف الموجب لجواز البيع، لأنّ دليل الامضاء بنفسه يدلّ على عدم الجواز إلى آخر الأبد. غاية الأمر أنّه خرج منه جزءٌ من الزّمان، وبقي الباقي تحت العموم. نعم لو باعه في هذا الجزء لم يبق له موردٌ لا أنّه يُخصّص أيضاً بالنسبة إلى زوال العذر أيضاً، فافهم.

قوله: «قال الاسكافي...»<sup>(١)</sup>.

أقول: لا يكاد ينطبق العبارة المنقولة على مدّعاه من عدم جواز البيع إلّا في



الآلات، لذكر الرقيق فيها، وهي نفس العين، فهذا منافٍ مطلقاً لما نُقل عنه، وخروجه عن محل الخلاف مستلزم، لعدم وقوع الخلاف في نفس العين أيضاً كالمنافع، وهو كما ترى، والظاهر أنّ العبارة المحكيّة لا تخلو عن سقط فلا بدّ من مراجعة الأصل.

قوله: «أما الإجماع فواضح»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا إذا ادّعي الإجماع على خصوص كلّ من الموارد، وأما على ما ادعيناه من اعتقاده على أصل القاعدة في الوقف، ففساد منعه في الموارد المشكوكة غير خفيّ، كما أشرنا إليه سابقاً.

قوله: «فلانصرافه إلى غير هذه الحالة»<sup>(٢)</sup>.

أقول: منع الانصراف لا يخلو عن وجه، وإن كان الأوجه ذلك، وسنشير إلى كلا الوجهين فيما بعد إن شاء الله.

قوله: «لأنّه مسوّق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف»<sup>(٣)</sup>.

أقول: لا يخفى أنّ ما ذكره في هذا المقام منافٍ لاستدلاله على عدم جواز البيع بهذه الرواية، إذ بعد تسليم عدم كونه من الكيفيّات المرسومة، وعدم اعتباره في مفهوم الوقف، لا وجه للاستدلال بها عليه، كما أشرنا إليه سابقاً، وهذا بخلاف ما اخترناه من اعتبار الحبس والدوام في مفهوم الوقف، فإنّها تدلّ على عدم جواز بيعه

مطلقاً، بالتقريب المتقدم.

ولو قلنا: بكونها مسوقةً لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة، كما هو الظاهر منها، إذ على هذا التقدير أيضاً تدلّ على صحة الوقف، وكونه ممضًى في نظر الشارع في الجملة، وإن لم تكن مسوقةً لبيان شرائط نفس الوقف. وقد عرفت أن امضاء ما أنشأه الواقف بعد اعتبار الدوام والحبس فيها أنشأه مساوئق لعدم جواز البيع، فهي تدلّ على عدم جواز البيع في الوقف الصحيح، وهذا هو المقصود في هذا المقام.

ويمكن أن يوجّه الاستدلال بها بناءً على مختار المصنّف رحمه الله، بمنافاة البيع للكيفيات المرسومة، حيث أن الواقف جعل نفس العين ملكاً لجميع البطون، فبيعه منافٍ لما جعله الواقف.

ثم أن انتقال العين عن ملك الواقف إلى جميع البطون لا يخلو تعقّله عن غموض واشكال، إذ ليست الملكية كالمنافع مشخّصةً بالزمان، بل هو معنى واحد بسيط غير قابل للتجزئة بحسب الزمان، إذ الزمان ليس إلا طرفاً له، فكيف يُعقل أن ينقل أولاً إلى البطن الأول ثم منه إلى البطن اللاحق، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول «وهبتك» ثم «هبتُ ابنك» لأنه قد خرجت العين بالهبة الأولى عن ملك المالك، وليس له بعد ذلك عليها سلطنة حتى يهبها لغيره، فكذلك فيما نحن فيه.

ويمكن أن يذبّ عن الإشكال:

تارة: بأن يقال إن الشارع أعطاه ولاية مطلقة على العين حين انشائه، بحيث يستتبع انشائه انتقالها من ملاكها إلى آخر الأبد، فتلك العين وإن خرجت عن ملك الواقف، إلا أن الواقف أنشأ حال الخروج سبب انتقالها من ملك كل بطن وانتقالها إلى البطن اللاحق، وقد أمضاه الشارع، فهذا نظير إنشاء التوارث بين الأجانب وامضاء الشارع.

ويُبعد هذا الاحتمال ما يقال من أن كل بطن يتلقّى الملك من الواقف دون

سابقه.

وأخرى: بأن يقال بأنّ الواقف لاحظ جميع البطون إجمالاً أولاً في عرضٍ واحدٍ وارتبطهم بعلاقةٍ، بمعنى أنّه ملّكهم جميعاً في آنٍ واحد، فتعلّق كلّ منهم بها بحسب قابليّته واستعداده، فهم مشتركون فيها بالشركة الطولية، لا العرضيّة حتّى يوجب الإشاعة.

توضيحه: أنّ الواقف أنشأ سبب تملك الجميع بنفس انشائه، ولكنّ التملك لا يتحقّق إلّا بعد قابليّة الحلّ، فهذا السبب يحدث تمام الملك، أعني الملكيّة الفعلية بالنسبة إلى مَنْ كان منهم واجداً للشرط، ويحدث الملكيّة إنشائيّة بالنسبة إلى من سيوجد، وبعد وجوده يؤثّر السبب التام تأثيره بالنسبة إليه أيضاً، وكلّ منها مالك للمجموع، لأنّ الشائيّة والفعلية لا يتزاحمان.

ولا تنوّه أنّ ما ذكرنا التزاماً بالكيّة المعدوم، وليس هذا من تبعيض الملكيّة بالزمان من شيء، كما لا يخفى، وهي ممتنعة لأنّ ذلك - أعني الملكيّة الشائيّة - ليس إلّا إثبات حقّ له بإيجاد سببها، وذلك ليس مستحيلاً، بل وقوعه عند العقلاء ليس بعزيزٍ، لما فيه من شائيّة الوجود ونحو من الاعتبار. ألا ترى أنّهم يهتمون في أمر أولادهم ولو معدومين، ويخصّونهم بأشياء حال الوصيّة وغير ذلك من الموارد. وقد ورد في الخبر في باب الأراضي المفتوحة عَنوة أنّها للمسلمين لمن كان منهم موجوداً ولو لم يخلق بعد، وكما أنّه يصير المعدوم بسبب بعض الأسباب ذا حقّ، كذلك قد يتعلّق الحقّ بالمعدوم في نظر العقلاء، كما إذا اشترى الثمرة قبل بدو الصّلاح، وغير ذلك.

وكيف كان، فثبوت الحقّ للمعدوم، وتعلّق الحقّ به إذا كان له نحو من الاعتبار ليس أمراً محالاً.

نعم الممتنع ثبوت الاختصاص الخاصّ المعبر عنه بالملكيّة الفعلية للمعدوم، أو هو كالسّواد والبياض المتوقّف حصوله على موضوع متأصّل خارجي.

وكيف كان، فلا خفاء في إمكان ثبوت المالكية الشأئية، بمعنى تحقق سببها بالنسبة إليه لمن لم يُخلَقْ بعدُ، وبهذا يثبت له الحقُّ بحيثُ يمنع البطن الأول عن البيع، وإلا فقتضى قاعدة الملكية جواز بيعها، إذ الكلام على تقدير عدم اعتبار الدوام في ماهية الوقف، وأن المانع عن البيع تعلق حق سائر البطون، ولا خفاء في أن مجرد حدوث السبب موجب لثبوت الحق في نظر العقلاء بحيث يمنع جواز التصرف فيه مطلقاً كالعين المرهونة، حيث أن الرهانة موجبة لتعلق حق الغير بها في نظر الشارع وبه يخرج عن الطلقة فخرج الوقف عن الطلقة بعد تسليم تعلق حق البطن اللاحق به غير محتاج إلى تكلف الاستدلال.

وهذا التقريب بحسب الظاهر هو اسد وأتقن إلا أن الصورة لا تخلو عن دقة. ثم أنك قد عرفت فيما تقدّم أن حقيقة الوقف ليس إلا حبس العين الموقوفة ومنعها عن طرؤ المتغيرات عليها وليس معناه تمليك الطبقات على النحو الخاص، وإلا لجاز تأديته بلفظ ملكتهم وغير ذلك مما يؤدي هذا المعنى، مع أن ظاهرهم عدم جوازه إلا بألفاظ خاصة، مثل وقفت وحبست العين وسلبت منفعتها وتصدّقت بها على أن يكون كذا وأبدت.

ومعلوم أنه لا شيء منها يدلّ على إنشاء الملكية للموقوف عليهم وإلا لم يقع التشاجر فيما بين العلماء من حيث تعيين المالك للوقف، بل المتبع أنما هو إنشاء الواقف باختلافهم في التعيين حيث ذهب شاذمة إلى أنه باقٍ على ملك الواقف، وآخرون إلى أنه ملك لله تعالى، والأكثر إلى أنه ملك للموقوف عليهم في غير المساجد وشبهها كاشف عن دلالة الصيغة بمدلولها اللفظي على التملك، مع أنه لو كان بمعنى التملك، للزم أن يكون استعماله في المساجد وشبهها مما يكون من قبيل فك الملك مجازاً أو اشتراكاً، مع أننا لا نفهم منها في موارد استعماله إلا معنى واحداً، مع أن المجاز والاشتراك خلاف الأصل.

نعم، قد يتوهم إنشائه بلفظ التصدّق تمليك لهم حيث أن التصدّق عليهم اعطاء

لهم، نظير الهبة إلا أن الإنصاف عدم ظهور لفظ الصدقة في الإعطاء، وما ذكره بعض اللغويين من أن الصدقة أن يعطي الغير به تبرعاً بقصد القرية وغير ذلك مما يؤدي هذا المعنى. فالظاهر أنه من التفسير باللوازم لا بيان معناها الحقيقي، بل للظاهر أن الصدقة من الصدق والصدقة والتصادق وهو معنى ينطبق في كل مورد على عنوان ملازم له، نظير الصلح، حيث أنه يقتضي في كل مورد شيئاً أن وقع على العين المتنازع فيها يقتضي التملك فاذا وقع في آخر يقتضي عنواناً آخر فليس معنى الصدقة هو التملك والإعطاء حقيقة، بل هو من لوازم انشاء مفهومها منطبقاً على الشيء الخارجي مثلاً.

ويكشف عن عدم كون التملك معناه حقيقة ما ورد من أن كل معروف صدقة، والظاهر أن المراد من كونه صدقة يعني أنه أمر منطبق على محله فهو حسن ومطلوب لله تعالى.

وكيف كان، فالظاهر أن لفظ «الوقف» وما يؤدي معناه ليس مستقلاً في التملك، بل معناه مفهوم آخر يستلزم التملك في بعض الموارد باعتبار خصوصيات المقام، نظير الصلح، مثلاً وقف الشيء الخاص على زيد وأولاده نسلاً بعد نسل حتى يرث الله الأرض حصةً عليهم، لينتفعوا به، وتسليطهم عليه إلى آخر الأبد، فينزح منه ملكيتهم بوجود آثار الملك لهم بالنسبة إليه.

وأما عدم جواز البيع الذي هو أيضاً من آثاره، فأنما هو لأمر آخر، أعني تعلق حق البطون بها، أو حق الواقف وغير ذلك من الموانع التي سنذكرها إن شاء الله، وليس معنى الملكية الاختصاص الخاص الذي أنشأ الواقف بانشاءه آثاره ولوازمه، فانشاء التملك تبعي تطلي يتبع انشاء الآثار، كبيع توابع المبيع، قصده الواقف أم لم يقصده، وليست اللوازم لازمة للفظ حتى يندرج في الدلالات اللفظية، وينتقض بنحو المساجد مما لا يتحقق فيه التملك قطعاً، إذ اللفظ لا يدل إلا على حبس العين، وخروجها عن تحت سلطنة الواقف، وذكر المسلمين في الوقفيات العامة

ليبيان المصرف، لا اختصاصهم بالعلقة الخاصة، أعني مالكيّة الانتفاع إلى آخر الأبد، حتى ينتزع منه مالكيّتهم، بناءً على القول بكونها كالمشاعر. وهذا بخلاف الأوقاف الخاصة، فإنّها تدلّ على قصر الانتفاع عليهم إلى آخر الأبد، وهو مستلزم لتخليّهم إيّاها، لأجل الملازمة العرفيّة الغير البيّنة، ولا يتوقّف إنشائها على الالتفات بها، كما عرفت في توابع المبيع، فإنّ الوقف في تلك الموارد مساوٍ لإنشاء المالكية، وليست الملازمة بينهما أمراً بيّناً حتى يتبادر من اللفظ حين اطلاقه، بل لا بدّ في فهمها من تصوّر اللازم والملزوم ثمّ الجزم باللزوم، فافهم.

ولا يذهب عليك أنّ الكلام في هذا المقام فيما يكون ملكاً للموقوف عليهم، لا ما لا يكون ملكاً لأحد، كما صرّح به المصنّف في صدر المبحث، وحينئذٍ فنقول: الأقوى جواز بيع العين الموقوفة في الصّورة المفروضة، وهي أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، لقيام مقتضي وارتفاع المانع، لأنّه عينٌ مملوكةٌ قابلة لأن تُقابل بالثمن، والمانع المتصوّر في بيع الوقف:

أمّا تعلق حقّ الله تعالى به وكون بيعه تقوية له.

وأمّا كونه متعلّقاً لحقه لاشتراط قصد التقرب فيه.

وكون بدله عليه تعالى، وكونها صدقةً جاريةً في سبيله، يقتضي إفاضة بدله عليه ما دامت تلك العين موقوفة، فكانّ الموقوف عليهم ينتفعون ما دامت العين باقية في ملك الله تعالى، وليست ملكيّة تعالى لذلك على نحو سائر أملاكه، وكونه سبحانه مالك الرّقاب، بل لها نوع خصوصيّة نظير حقه المتعلّق بالخمسة.

وأمّا تعلق حقّ الواقف، لأنّ تفويت المحلّ موجبٌ لانتقطاع الفيض منه تعالى عليه بخذائه.

وأمّا تعلق حقّ سائر البطون عليه:

إمّا لكونه منافياً لما أنشأه الواقف، من كونها موقوفةً حتى يرث الله الأرض فيمنعه أدلّة صحّة الوقف.

وأما كون المنع حكماً تعبدياً مِنْ قِبَل الشَّارِع مستفاداً من عموم «لا يجوز شراء الوقف»<sup>(١)</sup>.

وأما استصحاب المنع السابق.

وأما الاجماع على عدم الجواز بالتقريب المتقدم ممّا في تأسيس الأصل. وشيء من تلك الوجوه لا يصلح لأن يكون مانعاً في الصورة المفروضة، بل أكثرها هو السبب للجواز على هذا الفرض، إذ مراعاة حق الله تعالى، وحقّ الواقف والبطون، يقتضي تبديلها إلى ما ينتفع به البطون، حتّى لا ينقطع فيضه تعالى عنهم بانتفاعهم من حقه تعالى وعن الواقف بافاضة البذل إليه، كما أنّ إنشاء الواقف أيضاً يقتضي ذلك، لأنّ غرضه من وقفه انتفاع البطون، وهو لا يحصل بالفرض إلا بالتبديل، فيجب مراعاة لغرضه.

فإن قلت: إنّ كون غرضه انتفاع البطون غير موجب لتقيّد وقفية العين الموقوفة من حيث شخصها بما إذا كانت منتفعة بها، وتعميمه لها بالنسبة إليها بجميع مراتبه التي ينتفع بها، بحيث يشمل الأبدال، إذ خصوصية الدّاعي لا توجب صرف الإنشاء عن ظاهره، أعني وقفية هذا الشيء الخاص بخصوصه، ألا ترى أنّه لو ابتاع شيئاً لغرض، لو لم يترتب عليه غرضه لا نحكم بفساد البيع، بأن يقال إنّ إنشاء ابتاع شيء خاص أعني ما يترتب عليه هذا الغرض، وأما ما لم يترتب عليه ذلك، فلم يقصد ابتاعه، وهذا ظاهر لا سترة عليه.

قلنا: شأن الغرض ذلك مهما أمكن، إذ العاقل الشّاعر لا يفعل فعلاً لا يترتب عليه غرضه.

وأما عدم التقييد في مسألة البيع، فلأنّ الدّاعي على الشراء أولاً وإن كان ذلك، إلا أنّ عدم التمكن من التوصل إليه بحيث ينطبق على غرضه، حيث أنّه لا يبيع أحد

متاعه مقيداً، فهذا الجأه إلى تعميم الغرض، وإنشاء ابتياع ما يحتمل ترتب الغرض الأولي عليه، وهذا الغرض الثانوي مطابق لما أنشأه، وهذا هو السرّ فيا ذكروا من أنّ خصوص العلة يُخصّص الحكم وعمومها يعمّمه.

وإنّ أبيت عن صيرورته قرينةً لتعميم الإنشاء بحيث يشمل الأبدال، فلا محيص من الالتزام بتخصيصه بالنسبة إلى خصوص العين بما إذا كانت منتفعة بها، فكونها وفقاً في الصّورة المفروضة مرادّ ولا منشأ به، وهذا المقدار ينفعنا في هذا المقام، أعني إثبات عدم كونه مانعاً، مع أنّه لو قلنا بإنشاء وقفته مطلقاً، بحيث يشمل هذه الصّورة مطلقاً، لا يضرّ لما نحن بصدده، إذ لا خفاء في أنّه أثبت الحقّ للبطون أيضاً بإنشائه، فتبدّله بما ينتفع به البطون جمع بين الحقّين، ومراعاةً لكلا الانشائين، ورفعٌ للتّنافي من البين بقدر ما يمكن، إذ لو اقتصرنا على العمل بظاهر انشائه الأوّل، للزم الغاء انشائه الثاني رأساً، وهذا بخلاف العكس، حيث أنّ الإنشاء الأوّل أيضاً ملحوظ في الجملة.

هذا كلّ مع أنّه قد يخطر بالبال أنّ الوقفية وإن تعلّقت بهذا الشيء، إلّا أنّها أمرٌ اعتباري عند العقلاء موجودة بوجود منشأ انتزاعها، ولها نحو اعتبارٍ عندهم، بحيث يعقل انفكاكه عمّا انتزع منه وتقويته بشيء آخر، فيقال هذا قيمة ذاك، وليس من انتقال العرّض المستحيل، كما لا يخفى، بعد ملاحظة كونها أمراً اعتبارياً صرفاً.

فحينئذٍ نقول: كما أنّه يجب إبقاء خصوص العين بإنشاء الواقف، كذلك يجب إبقاء ماليّته أيضاً بذلك. غاية الأمر أنّه ما دامت العين باقية تابعة لتلك العين، إذ لا يعقل الانفكاك في هذه الحالة، أعني بقاء شخصها على صفة الوقفية، وانفكاك قيمتها عنها غير متقوّمة بشيء آخر، وهذا بخلاف ما لو كانت العين في غرض الصّياغ، فإنّ العقلاء يهتمّون حينئذٍ بحفظ القيمة في ضمن عينٍ أخرى، ففقد الخصوصية ليس إلّا كتلف بعض العين لدى العقلاء في وجوب إبقاء الباقي، وكون الباقي ممّا أنشأ الواقف وقفته تبعاً لأصالة، وقد مرّ ما يستأنس به لذلك في مسألة ضمان المثلي والقيمي



فراجع.

ثمَّ أن لازم هذا الوجه تبعية البدل للقيمة، لكون مطلوبيَّتها مقدّمةً لحفظه، بخلاف البدل حيث أن القيمة كانت أمراً منتزِعاً منها فعليّاً يجبُ تبديل البدل ببديل ثالث صوناً للقيمة عن التّقصان فتأمل<sup>(١)</sup>.

وأما قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف»<sup>(٢)</sup> فإنه وإن أمكن أن يقال بشموله مطلقاً، حتى في صورةٍ لم ينتفع به أصلاً، خصوصاً بملاحظة قول السائل في بعض الروايات «فلما عمرتها» إلا أن دعوى الانصراف أيضاً ليس كلّ البعيد، لعدم صلاحية الأرض لخروجها عن قابلية انتفاع الموقوف بها مطلقاً، بحيث لا ينتفع بها أصلاً كالحیوان المذبوح، حتى ينصرف اطلاق الحكم إليها.

سَلّمنا عدم الانصراف فيها مطلقاً، إلا أن الظاهر من هذا الكلام أنه مسوقٌ لبيان عدم جواز بيع الوقف، بحيث يكون الثمن مال البائع، والمبيع ملكاً للمشتري، إذ المتبادر من بيع الوقف، ما إذا باع لنفسه، بحيث يتصرّف في ثمنه كيف يشاء.

وأما لو اقتضى مصلحة الموقوف عليهم لذلك، فباع عنهم ولايةً، فلا ينصرف إليه هذا الاطلاق، مع أنه لو تمّ دلالتُه لكان معارضاً بما هو أقوى ممّا دلّ على جواز البيع في هذه الصورة، من حرمة تضييع الأموال، ووجوب حفظه، معتضداً بحكم العقل بقبح التضييع، وحسن إيصال الحقّ إلى مَنْ له الحقّ، مع أنك قد عرفت أن البيع في هذه الصورة من لوازم ما أنشأه الواقف، فيدلّ على لزومه أدلة صحة الوقف،

١ - وجه التأمّل: أن إبقائها على مرتبة خاصّة ليس لهواً منوطاً باختيار المكلف، بل قد عرفت أنها ليست أمراً متأصلاً خارجياً، وإنما هي أمراً منتزِعاً عن المبدل أو البدل، فمعنى إبقائها ليس إلاّ تبديل منشأ انتزاعها بما يترتب عليه غرض الواقف من انتفاع البطون، والتبديل لا يكون إلاّ بمنزلة تعميم الموضوع، وتلبّس البدل لباس المبدل، فمعنى إبقائها ليس إلاّ إيجادها متقوماً بالبدل على نحو كانت متحقّقة في ضمن المبدل، لا إبقاء المرتبة الخاصة المتحقّقة في ضمن المبدل في احراز منه قابليّته للانتفاع، فافهم.

٢ - وسائل الشريعة: ج ١٧ باب ١٧ ص ٣٦٤.

وعموم «الْوُقُوفُ عَلَىٰ مَا يُوقَفُهَا أَهْلُهَا»<sup>(١)</sup>.

وأما استصحاب الوقف فلا مجرى له، بعد نهوض الدليل على الجواز، وعلى هذا فالحكم المذكور ممّا لا إشكال فيه.

وأما الاجماع بالتقريب المتقدّم، فهو أيضاً لا ينهض لإثبات المنع بعد قيام الدليل، كما لا يخفى.

وقد يتمسك للجواز في الصورة المفروضة بعموم ما دلّ على سلطنة الناس على أموالهم بتقريب أن يقال إنه يدلّ على جواز تصرف المالك في ملكه كيف يشاء، غاية الأمر أنه مخصّص بالنسبة إلى العين الموقوفة، ما دامت باقية على قابلية الانتفاع، بالاجماع، والأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف، ولا يصلح شيء منها لتخصيص دليل السلطنة بالنسبة إلى الصورة المفروضة.

ولا يعارضه اطلاق قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف»<sup>(٢)</sup>، لما عرفت من منع انصرافه إلى هذه الصورة، مع أنه لو سلم التعارض، فالنسبة بينها عموم من وجه، لافتراق الثاني عن الأوّل في الأوقاف الغير المملوكة، كالمساجد والرباطات - على القول بكونها تحريراً كالمشاعر - والأوّل عن الثاني في غير الأوقاف من الأملاك. ولا ريب أن الأخذ بالأوّل أرجح، وإن كان الثاني أقلّ أفراداً لا اعتضاده بالعقل وعمل الأصحاب بضمونه في المقام، إلّا عن نادرٍ على ما حكى، وضعف الثاني في شموله لهذه الصورة كما مرّ مراراً.

وفيه أولاً: أنه ليس لدليل السلطنة عمومٌ ازمانى حتّى يتمسك به حال الشك في سلطنة المالك على ملك خاص، وقد خرج سابقاً عن تحت سلطنته قطعاً، بل لا يدلّ إلّا على سلطنته على جميع أفراد الملك، فبعد خروج فردٍ عن تحت العام بدليل

١ - وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٧٥.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٧ ص ٣٦٤.

خاصَّ كَانَ المتَّبِع استصحاب حُكْم المَخْصَص، لو لم يكن هنا عمومٌ أو إطلاق، لا عموم العام.

والخدشة في الاستصحاب بما ذكره المصنّف، مِنْ أَنَّ البيع السَّابِق كان في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فعلها في غير محلّها:

لأنّه إن أراد عليّة وجوب العمل بمقتضى الوقف، للمنع عن جواز البيع، فينعدم المعلول عن انعدام علّته.

ففيه: عدم انحصار العلة في ذلك، بل قد عرفت تنصيب الروايات على عدم الجواز.

وإن لم نقل بشمولها لما نحن فيه، بدعوى انصرافها منه، وكذا النهوض الاجماع على المنع حال كونها مُنتفعاً بها، واحتمال انحصار مدرك الاجماع بما عليه المصنّف عليه مِنْ وجوب العمل بمقتضى الوقف، كاحتمال عليّته للنهي الشرعي الوارد في الأخبار، غير ضائر في جريان الاستصحاب، بعد قيام احتمال كونه حُكماً تعدياً معلولاً عن غير علة معلومة عندنا.

ودعوى القطع بانحصار المدرك، غير مسموعة.

كيف، ولو كان كذلك لما شككنا في الحكم بعد زوال وصف الانتفاع، كما لا يخفى!

وإن أراد منع احراز موضوع المستصحاب باحتمال مدخلية الوصف في الموضوع، بدعوى أَنَّ الممنوع عن البيع سابقاً إنّما هي العين المنتفع بها، وأمّا العين الغير المنتفع بها فلم نعلم لها حالة سابقة.

ففيه: أَنَّ الموضوع عند العرف ذات العين الموقوفة، مِنْ دون اعتبار وصف فيه، كما أَنَّ عدم جواز الشراء في الرواية محمولٌ عليها، وهي باقية قطعاً، واحتمال مدخلية الوصف في الموضوع عند التحقيق غير مانع عن جريان الاستصحاب، لأنّه

مبني على المساحات العرفية، كاستصحاب نجاسة الماء المتغير بعد زوال تغيره من قبل نفسه، وكيف لا، ولو بُني الأمر على التدقيق لم يجز الاستصحاب في حكم أصلاً، إلا في النسخ على تأمل، إذ لا يعقل الشك في الحكم بعد احراز الموضوع الواقعي، لأن الشروط المعتبرة في الحكم كلها عند التحليل قيود للموضوع، فافهم.

وثانياً: أن ما ذكره من تعارض الدليلين، وأن النسبة بينهما عموم من وجه. ففيه: بعد تسليم عدم مملوكة المساجد وما شابهها، وإن كانت النسبة كذلك، إلا أن الثاني في حكم الأخص مطلقاً، لا لكونه أقل أفراداً، بل لأجل كونه نصاً في مورد المعارضة، فلا يعارضه ظهور الآخر.

وما ذكر سيّد مشايخنا - أدام الله أيام إفاضاته - من أن نصوصية أحد العامين في بعض موارد الاجتماع لا يوجب انقلاب النسبة ورفع المعارضة بينهما، بتخصيص الآخر به، مع أن النسبة بعد خروج المتيقن أيضاً، عموم من وجه، فكون العام الثاني فيما نحن فيه، أعني «لا يجوز بيع الوقف» نصاً في الوقف المملوك المنتفع به، لا يقتضي تقديمه على العام الأول، حتى في الموارد التي يكون شمولها على السوية، لا يخلو عن تأمل:

أما أولاً: فلأن وصف كون العين قابلة للانتفاع وغير قابلة له ليس أكثر للفرد، وأما هو من أحوال الفرد الخارج عن تحت عموم دليل السلطنة قطعاً، وبعد تسليم صراحة العام الثاني - أعني عدم جواز البيع - في شمول هذا الفرد في الحال الأول، لا يبق للتمسك بدليل السلطنة في الحال الثاني مجال، فيبقى ظهور الآخر بالنسبة إليه سليماً عن المعارضة.

اللهم إلا أن يقال: إن الكلام إنما هو بعد تسليم ظهور دليل السلطنة في العموم الأزماني، فيكون الأحوال من مشخصات الفرد.

وثانياً: أن العلم بإرادة بعض الأفراد من مورد الاجتماع، ولو بقرينة خارجية، بمنزلة ذكر الفيد في الكلام، فلو قال «أكرم العلماء ولا تُكرم أهل بغداد» مثلاً، وعلمنا

من الخارج أن بعض علمائهم ممن يجب إكرامهم، ويكون مراداً من العام الأول، فيكون العام في قوة أن يقال «أكرم العلماء بغدادياً كان أو غير بغدادياً» مثلاً، ولا شبهة أنه حينئذٍ يُقدّم هذا العام على العام الأول، لكونه أظهر، وصيرورته بانضمام القرينة إليه أخصّ مطلقاً من الأول.

وثالثاً: أن أصل الحقيقة في «أكرم العلماء» سليم عن المعارض، ولا يُرفع اليد عنها لأجل الشك، لأنه شك بدوي ولا يُعارضه أصل الحقيقة في الآخر، للعلم الإجمالي بطرؤ التخصيص عليه، وليس الالتزام بخروج عنوان البغداديين التزاماً بورود تخصيص زائد على القدر المتيقن حتى يُدفع بالأصل، إذ لا فرق في قلة التخصيص وكثرته بين كون الخارج خصوص زيد أو عنوان التحويين أو البغداديين، حيث أن مخالفة الظاهر في كلٍّ منها شيء واحد، وبعدما علمنا إجمالاً بطرؤ تخصيص مردّد بين خصوص زيد أو عنوان البغداديين، نرفع إجمال المُخصّص بأجراء أصل الحقيقة في العام الآخر، فكذا فيما نحن فيه.

نعم يُمكن أن يقال: بعد تسليم شمول السلطنة لمثل هذه الأملاك الغير المطلقة، وظهورها في العموم الأزمانى، بتقديمه على دليل نفي الجواز في الصورة المفروضة، ولو كان أخصّ مطلقاً، إذ رُبَّ عام يُقدّم على الخاصّ باعتبار بعض الخصوصيات المكتنفة به الموجبة لأظهريته في مورد التعارض وهي موجودة في المقام، مثل ما صرح به المُستدلّ عند ذكر المرجّح، فتدبر.

ولا يخفى عليك، أن مقتضى ما ذكرنا اشتراك جميع البطون في ثمن الوقف، على نحو اشتراكهم في المبيع، بمعنى أنه ملك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأنًا، بالتقريب المتقدم فيما سبق، ضرورة اقتضاء المبادلة ذلك، إذ لا يعقل خروج المبدل عن ملك الجميع، ودخول عوضه في ملك بعض منهم.

وأما كون المبدل ملكاً للجميع، فقد عرفت أنه من لوازم انشاء المالك في الأوقاف الخاصة، وتحقق منشأه في الخارج، لما ذكرنا من أن قصر شيء على شخص

لينتفع به إلى آخر الأبد مساوئق لإنشاء ملكيته له، ولا تنفك هذه عنها في الوجود الخارجي عند العرف، وليست الملكية إلا أمراً اعتبارياً عرفياً، فإذا كان الانتفاع مقصوراً على الجميع، فلازمه - أعني الملكية - أنما يكون للجميع.

هذا على ما اخترناه من عدم دلالة لفظ الوقف بمدلوله اللفظي على التملك. وأما إذا قلنا بدلالته عليه لفظاً، وإن معنى «وقفته عليهم» ملكيتهم جميعاً، فالأمر أوضح، فلو أغضمنا النظر عما ذكرنا من اقتضاء نفس الملكية اشتراك الجميع أيضاً، نلتزم بالاشتراك مراعاةً لحق الله، وحق الواقف، وأدلة صحة الوقف، وامضاء إنشاء الواقف، لما عرفت من أن ذكر البطون، واختصاص الجميع بالانتفاع الخاص مع عدم بقاء الشخص إلى آخر الأبد غالباً، قرينة نوعية على أن خصوصيتها الشخصية ملغاة في نظره حال التعذر، وأنه من قبيل تعدد المطلوب واقعاً، سواء التفت إلى صورة تلفه حين الإنشاء أم لم يلتفت، إذ ليس الالتفات شرطاً في حصول الإنشاء التبعية وصورته من قبيل تعدد المطلب، بل يكفي ارتكازه في الذهن حال إنشائه.

هذا كله مضافاً إلى ما ذكرنا أخيراً من أنه لو قلنا بأن إنشاء الواقف أنما يعلق بشخص العين بخصوصها، يجب أيضاً إبقاء ماليتها عند تلف الخصوصية المالية، كنفس الشخصية حتى ينتفع به ذوو الحقوق.

وإن شئت قلت: إننا تقتصر على ظاهر الإنشائيين، ونقول إن العين الشخصية مملوكة للجميع بمقتضى إنشاء الواقف، والعقل والعرف يحكم بأنه لو تعذر إيصال شخص العين إلى ذوي الحقوق يجب إيصال بدلها إليهم، وقد يُتخيل في المقام كما ذهب إليه بعض وتردد فيه آخرون - على ما حكي - أن الثمن أنما يختص بالموجودين منهم، سواء قلنا بكونه معنى التملك أو بكون التملك من لوازم المنشأ، نظراً إلى أن الوقفية أنما تعلقت بخصوص العين، فتملك العين على البطون وحسبها عليهم بخصوصياتهم أنما يعلق على فرض إمكان الوصول إليهم، فانشائه تملك ما لا

يمكن الوصول إليه لغو صرف، بل إنما يؤثر الإنشاء بالنسبة إلى من يُدركها بوصف الانتفاع، وإذا انتهى إلى أحدٍ فهو ملكٌ له، لا يكون متعلقاً لحق الآخرين فيختص بتمنه.

فهذا القول بعكس ما أشرنا إليه من أن إنشاء اشتراك الجميع قرينة على أعمية الموضوع من شخص العين بخصوصيتها، فهذا القائل يزعم أن تعلق الجنس بشخص العين قرينة على إرادة تملك ما أمكن الوصول إليه، وذكر الجميع إنما هو لبيان تملك الجميع على فرض الوصول إليهم، والدليل عليه حكم العقل بامتناع صيرورته ملكاً لمن لا يكون قابلاً لملكه في شيء من الأزمنة، فلا يعقل صيرورته ذا حق بالنسبة إلى شخص العين بخصوصها، ولعل هذا الذي ذكرنا، محط أنظار هؤلاء الأعلام في حكمهم باختصاص الموجودين بالثمن، فلا يرد عليهم ما أورده المصنف بما ملخصه أنه يُنافي قضية المعاوضة، حيث أنها تقتضي كون البذل ملكاً للجميع على نحو المبدل.

نعم، يرد عليهم أنه منافي لغرض الواقفين نوعاً، وأن حالهم تشهد بأن انشائهم ليس مقصوراً على خصوص العين مطلقاً، حتى حال التعذر، بل داعيهم على الوقف ليس إلا انتفاع البطون جميعاً، وهو لا يحصل إلا بالغاء قيد الخصوصية حال التعذر، فهذا إنما هو من قبيل تعدد المطلوب كما ذكرنا مراراً.

مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال إن امتناع وصول شخص العين إلى المعدومين، لا ينافي ملاحظة الواقف إياهم حال انشائهم في عرض الموجودين، وإنشاء التملك لهم على نحو الموجودين، إذ من البين أنه لا مدخل لإمكان وصول العين إليهم وعدمه في صحة الإنشاء وعدمها، وهذا الإنشاء يؤثر أثره في كل مورد بحسبه، فبالنسبة إلى الموجودين يؤثر التملك الفعلي، وبالنسبة إلى المعدومين التملك الشأني، ومن آثار حصول الملك، بل ومطلق الحق، وجوب مراعاته على الولي، وإيصاله إلى المولى عليه بقدر الإمكان، فإن كان إيصال شخصه عليه ممكناً فهو، وإلا فيبدله بما يصل

إليه، فانشاء الوقف بالنسبة إلى الجميع على نهج سواء، إنما يؤثّر بمقدار قابليّة المحلّ. هذا كلّّه مضافاً إلى أنّه لو بنينا على ذلك لم يبق لنا دليل على جواز البيع حتّى يتشاجر في ثمنه، لما عرفت من أنّ دليل الجواز، أمّا ملاحظة إنشاء الوقف وغرضه، وأمّا مراعات حقّه أو حقّ الله تعالى أو حقّ البطون، والكلّ منتفٍ في المقام، فاستحصال المنع محكّم، وإطلاق عدم جواز شراء الوقف ناهض.

ودعوى انصرافه عن مثل المقام غير مسموعة، إذ غاية ما أمكننا من الصّرف، دعوى ظهوره في صورة استقلال البائع بالبيع، وإرادة صرف ثمنه في مصارفه. فالمقام على هذا الفرض من أفراد، وهذا بخلاف ما لو راعى الوليّ مصلحة جميع البطون وباعه ولاية عنهم، بحيث يُبدّله إلى ما يصل انتفاعه إليهم.

اللهم إلّا أن يُتمسك بما دلّ على حرمة تضييع الأموال، وفيه تأمل، ولازم هذا القول الالتزام بخروج الوقف عن الوقفية بعد ذهاب وصف الانتفاع، وصيرورته ملكاً للموجودين، باع أو لم يبع، فيتوارثونه مع وجود العين، ولو وجد الموقوف عليهم بعد ذلك، ولا أظنّ أحداً يلتزم منهم بذلك، فتأمل.

قوله: «وفيه مع عدم انضباط حقّ<sup>(١)</sup> الوقف»<sup>(٢)</sup>.

أقول: بعد تسليم كون المماثل أقرب إلى مقصود الوقف نوعاً، جواز التخطّي عنه مشكل، لما استمرّ عليه طريقة العلماء خلفاً عن سلف، لا يزالون يستدلّون في هذه الأبواب ممّا كان الأمر فيه موكولاً إلى المنشئ فيما انشأه، وأنّ الشارع أمضى على ما اختاره كالوصايا والأوقاف بغرض الوقف، فكأنّهم استفادوا من دليل الامضاء، وأنّ المتبّع هو غرض الوقف، وإنّ لم ينطبق انشائه على تمام غرضه - كما يظهر ذلك لمن تتبّع كلماتهم في باب الوصيّة وهذا الباب في الموارد المتفرّقة -

١ - في كتاب المكاسب: غرض.

٢ - كتاب المكاسب: ١٦٩ سطر ١.



واختلافهم في بعض المقامات، إنما يرجع إلى منع الصغرى، بحيث لو أحرز مقصود الموصي أو الواقف لأظنهم يتخطون عن مقصوده.

ولا تنوهم: أن وجوب اتباع المقصود، لا ينفع في إثبات وجوب مراعاة ما هو الأقرب إلى مقصوده، كما فيما نحن فيه، لأن استدلالهم بكونه أقرب إلى مقصود الواقف، مبني على اندراج ما هو الأقرب في نفس المقصود، عند التعذر عن الخصوصية الشخصية، فإرادهم من مقصود الواقف في هذا المقام، هو كون هذا الشيء الخاص بخصوصيته وقفاً، ولكن المسلم عندهم عدم مدخلية الخصوصية في ماهية المقصود مطلقاً، بل لها مدخلية فيها بقدر الإمكان، فكلما تعذرت الخصوصية يتقوم المقصود بالمرتبة التي فوقها، فإرادهم من كونه أقرب إلى مقصود الواقف، إثبات أن هذه هي المرتبة التي يتقوم المقصود بها عند تعذر تلك الخصوصية، فلا يمكن التخطي عنه بإيجاد ما هو أبعد عن تلك المرتبة عند التمكن من تلك المرتبة، فكأنهم متسالمون في أن غرض الواقفين وما شابههم يكون مترتباً بحسب النوع، نظير تعدد المطلوب في الأوامر، وهذه الدعوى ليست كل البعيد، كما يشهد به المنصف بعد الرجوع إلى وجدانه السليم.

نعم، إنما الإشكال في إثبات وجوب متابعة اغراضهم مطلقاً، ولو لم يكن مقيداً لظاهر انشائه بحسب متفاهم العرف، خصوصاً لو لم تكن تلك الدواعي متصورة له حال انشائه، إذ لو كان متصوراً له لأمكن أن يقال إن الإنشاء منزل عليه ومنطبق معه، إذ العاقل الشاعر لا ينشئ إلا ما هو مقصوده، وقصور اللفظ عن الإفادة لا يزاحم تعميم الإنشاء، ولذا استكشاف المقصود قرينة على إرادة التعميم، كما في قولك «لا تأكل الرمان لأنه حامض»، هذا إذا كان متصوراً حال الإنشاء.

وأما إذا لم يكن متصوراً في زمان، فلا يوجب تعميم الإنشاء حتى يكون العلم به قرينة على إرادة التعميم، إذ الإنشاء فرع التصور وهو مفقود في الفرض، وحينئذ يشكل الحكم بوجوب اتباعه، لعدم مساعدة دليل عليه، إنما الدليل على وجوب

اتِّباع إنشاء الواقف واجرائه على حسب ما أوقفه، لا مطلق دواعيه، كما صرح به المصنّف.

اللهم إلّا أن يُدعى الإجماع بملاحظة تسالم العلماء، في نظائر المقام من الأبواب، على وجوب اتِّباع دواعي الواقف مطلقاً فيكون حكماً تعبدياً خارجاً عن مقتضى إنشاء الواقف.

وفيه: منع مطلق كما لا يخفى.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ إحراز الدّاعي كافٍ في تنزيل الإنشاء عليه، ولا حاجة إلى كونه متصوراً حال الإنشاء مفصلاً، بل ارتكازه في الذّهن كافٍ في صحّة انشائه، لكونه مُستلزماً للتصوّر الإجمالي حال الإنشاء، ولا يتوقّف صحّته على أزيد من ذلك، كما هو الشّأن في جميع المقامات التي تُحكم بكونها من قبيل تعدّد المطلق، فعلى هذا، لو علمنا بغرض الواقف، ولو بحسب النوع أنّه كذا انشائه على وفق غرضه، ولا تغترب بما لا نلتزم في بعض المقامات، كما إذا علمنا بأنّ مقصوده إعانة العلماء ولكّنه اعتقد أشخاصاً مخصوصة أنّهم منهم، فوقف عليهم مع أنّهم ليسوا بعالمين في الواقع، وحينئذٍ نقول إنّ الدّاعي لا يوجب صرف الإنشاء عن ظاهره، وهذا بظاهره منافٍ لما سبق.

إلّا أنّ التأمّل الصادق يدفعه، لثبوت الفرق بين المقامين، حيثُ أنّ داعيه في القسم الأوّل باقٍ بحاله إلى حين الإنشاء، فكأنّ الإنشاء أمّا نشأ من ذلك الدّاعي، وهذا بخلاف المثال، حيثُ أنّ اعتقاده بكونهم عالمين صار سبباً لأحداث داعٍ آخر مغايرٍ للدّاعي الأوّل، لا يوجب إخراج الموضوع المأخوذ في ظاهر الإنشاء عن الموضوعيّة، نعم لو لم يعتبرهم على نحو الموضوعيّة، بل ذكرهم لبيان المصرف، وكونهم من مصاديق الموضوع، لأتجه القول بكونه وفقاً على العلماء، وكون هذا خارجاً عنهم، وهذا هو السرّ في الحكم بصحّة الصّلاة في البَيْع والكنائس، ولولا النصّ الخاص في المقام، حيثُ أنّ الظاهر من الواقف وقفها للعبادة، إلّا أنّه تخيل أهل

مذهبه فخصّهم بالذكر من باب الموضوعيّة، ولا يخفى أنّ تشخيص كلّ من القسمين تابع لما يفهمه العرف في الخصوصيّات الواردة من ظواهر الإنشاءات، والمتّبع هو ذلك في ذلك الباب.

هذا، ولكنّ الإنصاف عدم جواز الاعتماد بذلك في رفع اليد عن القاعدة المسلمّة، من عدم جواز تصرّف الوليّ على خلاف مصلحة المولّى عليه، لعدم حصول الاطمئنان بترتب الغرض، فضلاً عن تعدّد الإنشاء عند التحليل، حتّى يثبت به حقّ للواقف، فيجب تقديمه على حقّ الموقوف عليهم بمقتضى عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» حينئذٍ مقتضى الاحتياط اللّازم شراء المائل، ما لم يُزاحمه حتّى مراعاة الأصلحيّة، لعدم جواز شراء غيره، وليس المقام ممّا يجوز فيه التمسك بعموم السّلطنة، كما عرفت سابقاً من خروج الوقف بمراتبه عن تحت العموم، بل لا يبعد استصحاب المخصّص بأن يقال هذه المالّة كانت ممنوعة عن التصرّف ما دامت متقوّمه بالمبدل ولا يعلم حال تقوّمه بالمبدل، أهو يجوز التصرّف فيها، أم لا؟ فيستصحب المنع، فتدبرّ.

هذا إذا لم يكن الغير أصلح، وأمّا على فرض الأصلحيّة ففيه إشكال، بل لا يبعد تقديم حقّ الموقوف عليهم، لما عرفت من عدم ثبوت حقّ الواقف، مع أنّه لا دليل على جواز هذا التصرّف، وعدم اعتبارهم طيب نفسهم في شيء أصلاً، بل قد يتسرّى الإشكال في القسم الأوّل أيضاً، إذ لا منافاة بين عدم ثبوت السّلطنة لهم مطلقاً، واعتبارهم رضاهم في الجملة، كما يقتضي دليل الطّيب، فتدبرّ.

هذا ممّا ظهر لي من خيرة سيّد مشايخنا أدام الله أيام إفاضاته في مجلس الدّرس، ولكن الأظهر لديّ وجوب مراعاة المائل بقدر الإمكان، ويدلّ عليه وجوه:

الأوّل: اهمال الأدلّة المجوّزة للبيع، لأنّها أدلّة محصورة لا تقتضي شيئاً بتجويز مطلق المبادلة، بل غاية ما يستفاد منها جواز تبديلها بشيء يصل إلى البطون

اللاحقة، وينتفع به البطن الموجود، والقدر المتيقن جواز تبديله إلى المائل، وأما يكون مقدّمة لتحصيل المائل، بل تجوز تبديلها بالثمن ولو مقدّمة لاشتراء المائل، مع التمكن من التبديل بالمائل، بحيث لا يلزم ذلك ضرراً في الوقف، لا يخلو عن إشكال.

والحاصل: أنّ المقدار المعلوم من جواز التبديل هو هذا القسم، وأما فيما عداه فاستصحاب المنع مُحكّم.

الثاني: أنّ نفس الملكية تقتضي ذلك، كما عرفت في ضمان المثلي والقيمي. توضيحه: أنا ولو قلنا بتعلّق الوقف بخصوص شخص العين، وأغمضنا عن دعوى كونه من قبيل تعدّد المطلوب، إلّا أنّه يستفاد منه تمليك جميع البطون، أمّا مطابقة، أو بالتّقريب المتقدّم الذي اخترناه.

وحينئذٍ نقول: إنّ من أحكام ملكيّة شيء أنّه إذا وجب على أحد أدائه إلى صاحبه أنّه يجب ردّ شخصه أولاً، وعلى فرض التعذّر فما هو أقرب إلى ملكه، وليس للمالك عدم القبول، ومطالبة شيء آخر كالقيمة في المثلي، كما حقّقناه مفصّلاً في محله. ومن المعلوم أنّ حقيقة ملك الجميع في الوقف ليس إلّا ما أنشأه الواقف، فعند التّعذر يجب على المتولّي الواجب عليه إيصاله إليهم، وحفظه عن الضياع والتلف مراعاة ما هو الأقرب إلى منشأه، ولعلّ هذا هو السرّ في تشبّث العلماء بغرض الواقف، فتدبر.

الثالث: أنّ أوصاف العين الموقوفة عند التحليل أجزاء عقلية، كما عرفت تفصيلها عند التعرّض لمالّية العين، فكما يجب إبقاء ذات العين، وكلّ جزء من أجزائها مستقلاً، - ولو حال التعذّر من إبقاء سائر الأجزاء - كذا يجب إبقاء سائر أوصافها بقدر الإمكان، وما دام شخص العين باقية لا يعقل إبقاء أوصافها منفكّة عنها، بل هي تابعة للخصوصيّة وبعد تعذّر الخصوصيّة لا بدّ في إبقائها في موضوع آخر.

ولا تتوهم: أنه من انتقال العرض المستحيل وأنه منافٍ للقاعدة المبرهنة من أن العرض يندم بانعدام الموضوع.

إذ لا يدعى بقاء الأوصاف الخاصة المتقومة بشخص العين بعد انعدام هذا الموضوع، بل نقول إنه أمر عرفي قابل للبقاء مساححةً، مثلاً لو تعهد شخص أن يسكن زيداً في دار خاصة، وانهدم الدار وأسكنه في مكان آخر، يقولون إنه وفى بعهده، مع أنه لم يتعهد إلا بسكنى هذه الدار المنهدمة الخارجة عن صلاحية السكنى، إلا أن العرف يتسامحون ويزعمون أنه من آثاره، وأن إسكانه في دار أخرى، أو في حجرة من داره، أو حجرته الخاصة التي يسكن فيها بنفسه، كلها وفاءً بذلك العهد متدرجاً بمقتضى مراتب التعذر.

والحاصل: أنه يمكن ابقاء الوصف بعد ذهاب الموصوف بنحوٍ من المساححة العرفية، فإذا كان ذلك من مقتضيات عقد لازمٍ يجب الوفاء به، فافهم وتأمل.

قوله: «وعن المحقق الكركي أنه قال التحقيق...»<sup>(١)</sup>.

أقول: إنه أنا قلنا بأن شرط البيع منافٍ لمقتضى عقد الوقف لكونه مقتضياً للتأيد، والبيع ينافيه، فالتدقيق أن يقال كل موضع يقتضي نفس التأيد ذلك، صح الشرط، كما إذا كان البيع وتبديلها إلى ما يصل إلى البطون موجباً لبقاء الوقف بنحو من المساححة، لما عرفت من أن تأييد الواقف لما ليس قابلاً للبقاء إلى آخر الأبد ملازمٌ لذلك، فحينئذٍ نقول: يصح الشرط لأنه مؤكّد لمضمون العقد، وأما كل موردٍ ليس كذلك، بل الجواز إنما ثبت بحكم شرعيّ تعبديّ كحاجة أربابه على القول بالجواز.

ففيه إشكال: إذ ورود حكم شرعي مخالف لمضمون العقد لا يوجب خروج

العقد عن مقتضاه، حتى لا يكون شرطه حينئذٍ منافياً لمقتضى العقد، بل المنافاة باقية بحالها، ولكن الشارع لم يُمضِ انشائه، أعني التأييد بالنسبة إلى هذا الزمان.

ولا تتوهم: أن حكم الشارع بجواز البيع يخرجُه عن المنافاة واقعاً، حيث أن المنشأ شيء يجوز بيعه بحكم الشارع، فشرط البيع غير منافٍ لمنشأه، لأن منشأه ليس إلا ما يقتضي التأييد، فحكم الشارع منافٍ لمقتضى إنشائه، والشرط المذكور في ضمنه إنما يكون موافقاً للحكم لا للمنشأ، فهو كالحكم باقي على المنافاة، فتدبر.

قوله: «ويمكن أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها والمؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> انتهى.

أقول: ظاهر عبارة المصنف جواز التمسك بالروايتين، ولو مع ثبوت المنافاة. وفيه: ما لا يخفى، لأن صحة الاستدلال بهما على فرض تماميتهما في الدلالة إنما هو فيما شك في المنافاة، وأما ما علم منفاة فهو خارج عن عمومها قطعاً لما سنذكره إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فنقول إن التمسك بهما في صحة العقد في الموارد المشكوكة المنافاة مطلقاً لا تخلو عن مناقشة.

توضيحها: يتوقف على معرفة الشرط المنافي، ووجه سببية الفساد للعقد: وأما الشرط المنافي، فهو إما أن يكون منافياً لدلول العقد، أما مطابقة أو تضمناً أو التزاماً عرفياً، وإما أن لا يكون كذلك، بل يكون منافياً لبعض مقتضياته الثابتة له بالأدلة الشرعية بحيث لا ينفك فيه.

أما القسم الأول: فهو مانع عن انعقاد العقد عرفاً، ضرورة عدم صدق البيع عند العرف فيما لو قال المالك «بعتك بشرط أن لا تمتلك» أو «بعتك بلا ثمن» وغير

ذلك من المنافيات البينة في نظر العرف.

وامّا القسم الثاني: فهو غير موجبٍ لنفي صدق ذلك العقد عليه في نظر العرف، مثلاً لو عقد على امرأة بشرط أن لا يوطئها أو غير ذلك من اللوازم المجعولة للتكاح شرعاً لا يرتفع بذلك صدق العقد عليه، إلا أنهم بعد فهم التنافي، بعد أن ظفروا على جعل الشارع يحكمون بفساد ذلك العقد، لامتناع انفكاك الملزوم عن اللازم، ولا مُصرّح للحكم بفساد الشرط دون العقد، لكونها مُنشأين بانشاء واحد، فالدليل على بطلان العقد المشترط بما ينافيه، امتناع الوفاء به، لأشتماله على المتقابلين، فهذا الشرط، وكذا العقد خارج عن عموم وجوب الوفاء بالعقود، وكذا «المؤمنون عند شروطهم»، مع أنه في القسم الثاني موجبٌ لتحليل الحرام وتحريم الحلال، وهذا الشرط خارج عن تحت العموم جزماً، وحينئذٍ يبطل العقد لعدم تعلّق الرضا به مجرداً عن هذا الشرط.

فاذا عرفت ذلك علمت أنه لو شك في كون شيء منافيّاً لمقتضى العقد، لعدم معلومية معنى العقد على ما هو عليه في الواقع أو لإجمال معنى الشرط، فإن كان من القسم الأول، بمعنى أن يشك في أن الشرط الفلاني هل اعتبر عدمه في ماهية العقد الكذائي، مثل التأييد في الوقف، فحينئذٍ لا يجوز التمسك بعموم الوقوف، وكذا دليل كل عقد بالنسبة إلى الموارد المشكوكة، لما عرفت من أن هذا القسم من الشرط المنافي مانع عن انعقاد العقد بحيث يصدق عليه عرفاً أنه عقد كذا، فراجع الشك في المنافاة إلى الشك في انعقاد العقد وعدمه، وأنت خيرٌ بأنه لا يجوز التمسك حينئذٍ بدليل إمضاء ذلك العقد، حيث أن إحراز الموضوع شرط في إثبات الحكم.

إن قلت: لا شبهة أنه لو قال «وقف هذه الدار وشرطت عليهم بيعها عند حصول هذا الشرط» فقد تصوّر معنى الوقف إجمالاً وأنشأ بقوله «وقف»، إذ لا نرى في وجداننا الفرق بين قوله في هذا المقام وقوله هذا الكلام في مقام خالٍ عن هذا الشرط، وليس الإنشاء إلا إرادة حصول هذا المعنى في الخارج، وهذا المعنى بالنسبة

إلى كلا المقامين على حد سواء، فمتى لم يعلم منافاة الشرط يحكم بوجوب الوفاء بالعقد، بل وكذا الشرط بمقتضى عموم الوقوف وقياسه على ما هو معلوم المنافاة، قياس مع الفارق، حيث أن الشرط المنا في المعلوم الحال مانع عن إمكان التوصل إلى الوفاء بمقتضى الإنشاء، وهو في المقام مشكوك، فهذا أشبه شيء بالشك في وجود القرينة الصارفة، فاللزام عدم الاعتناء به، وهذا بخلاف المعلوم الحال، فهو نظير ما علم وجود القرينة الصارفة.

قلت: إن اللزام أنما هو مراعاة إنشاء الواقف بتمام مدلوله، من غير ملاحظة أجزاء الكلام، فكل من قوله «وقفت وشرطت» وإن كان مشتملاً على إنشاء في حد ذاته، إلا أن المتبوع أنما هو مفاد المجموع، وهذا هو الذي يتحقق به الصدق العرفي، لما عرفت من أنه لو احتجّ قوله «وقفت» بما ينافيه عرفاً لا يتحقق مصداق الوقف العرفي في الخارج، ولو على نحو فاسد، كما في قوله «بعتك وشرطت عليك أن لا تملك».

وقولك: إنه بمنزلة الشك في وجود القرينة.

قلنا: بمنزلة الشك في قرينة الوجود، لأن الشك أنما هو في أن هذا الموجود هل هو منافٍ حتى يكون مانعاً عن تأثير الإنشاء الأول أم لا، فلا يثبت به عدمها، كما لا يخفى. إلا أن يقال إن مرجع الشك في مانعية الوجود إلى الشك في وجود المانع.

قلنا: اعتبار أصالة عدم وجود المانع مطلقاً، ولو لم يترتب عليه أثر شرعي، بلا واسطة شيء، غير معلوم في غير باب الألفاظ، نعم في بعض المقامات، مما كان أصل وجود ذات المانع مشكوكاً، لا وصف المانعية، لا يبعد دعوى استقرار سيرة العقلاء على عدم الاعتداد به، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن المنشأ فيها غير محرز حتى تترتب عليه آثاره.

وقد يتمسك في المقام بأصالة الصحة.

وفيه: أن الشك في المقام ليس في صحة العمل الصادر في السابق وفساده، بل



الشك في أصل الحكم الشرعي، وأنه هل يجوز لنا أن نشترط في ضمن العقد بمثل هذا الشرط أم لا؟ هذا إذا كانت المنافاة من القسم الأول.

وأما إذا كانت من القسم الثاني، فالظاهر أنه لا مانع من جواز التمسك بعموم الوقوف.

وقد يناقش فيه: بأنه لا بدّ في خروج الوقف المشتمل على شرط منافي لمقتضاه، فهذا المشكوك لا يعلم إندراجهُ تحت مدلول المخصّص أو العام، ولا يجوز التمسك بالعموم في الشبهات المصادقية على ما هو التحقيق.

وفيه: أن الخارج ليس عنوان المنافي، بل مصاديقه، كما هو الشأن في جميع المخصّصات العقلية.

وبعبارة أخرى: ذات المنافي خارجٌ، لا ما هو متّصف بهذا الوصف، فتى شك في كون شخصٍ منافياً، فقد شك في كون العام مخصّصاً بالنسبة إلى هذا الفرد أم لا؟ والأصل عدمه.

نعم، جواز التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في هذا المقام مشكّلٌ، لخروج «ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» عن تحت هذا العموم، فلا يجوز التمسك بالعموم فيما شك في كونه من افراد المخصّص له أو العام كما لا يخفى.

وبما ذكر في المقام تقدّر على دفع المناقشة على التمسك بهذا العام أعني قوله «المؤمنون عند شروطهم» فيما كان الشرط المشكوك منافاته من القسم الأول، فإنّ الأقوى فيه جواز التمسك به، وليس الشك فيه من التمسك في الشبهات المصادقية بالتقريب المتقدّم.

نعم، قد يُناقش في الاستدلال بقوله ﷺ «المؤمنون» بطريق آخر، وهو أن المانع عن البيع في المقام ليس منحصراً في حقّ الواقف، حتّى يرتفع بالتزامه، إذ تعلّق حقّ الله تعالى، وحقّ البطون اللاحقة أيضاً مانعٌ، ولا يجوز التمسك بالنسبة إليهم بهذا العام، لأنّ صحّة الإستدلال موقوفٌ على قبولهم، وهو منفيٌّ في المقام، هذا مع

أن الله جلّ جلاله خارج عن الموضوع كما لا يخفى.  
والحاصل: جواز التمسك بذلك أنما هو في كلّ موردٍ التزم شخص بشيء على نفسه، وأمّا مجرد التزامه على الغير، من دون التزام ذلك الغير فلا، فالاستدلال به إنّما يتمشى بالنسبة إلى خصوص حقّ الواقف، وعلى الموجودين من الموقوف عليهم أن يُحقّق منهم القبول، وعلى المعدومين أيضاً إن قبل وليهم، إن قلنا بثبوت الولاية في ذلك، وجواز قبول الالتزامات عليهم إذا كان لهم أصلح، وأمّا بالنسبة إلى غير ذلك فشكّل.

وقد يُدبّر عن الإشكال: بأنّ الحقّ في المقام منحصّر في حقّ الواقف، وأمّا حقّ غيره فهو أنما يتفرّع على جعله وإنشائه، فإذا شرط في ضمن العقد شيئاً على الموقوف عليهم. يظاهر كلامه، فرجعه إلى تضييق الموضوع، وإثبات الحقّ الكذائي لهم، فإذا جوّز مع البطن الموجود مثلاً، فلم يثبت للمعدومين إلّا ملكيّة شأنيّة معلقة على عدم بيع الموجودين، فلا يعقل مانعيّة حقّهم عن البيع، لكونه بمنزلة الأصل والدليل.

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل.

وأمّا الكلام في أصل المنافات:

فالتحقيق أنّ اشتراط تجويز البيع، عند حصول أمر كزيادة الخراج وغير ذلك من السّوانح، وتبديل ثمنها بشيء آخر ينتفع به البطون اللاحقة سائغ شرعاً، وليس منافياً لماهيّة الوقف الخارجي، أعني ما به قوامها وتحققها، بحيث يصدق عليه أنّه وقف، وإنّما هو منافٍ لإطلاق الوقفيّة، لا مطلق الوقف، وما هو منافٍ لمطلق الوقف جواز البيع مطلقاً، وأمّا مطلق الجواز فلا، وأمّا شرط جواز البيع عند طرؤ الحاجة وصرف ثمنها، فالأقوى أيضاً جوازه كما سنوضحه إن شاء الله.

وما ذكره في هذا المقام وإن كان ممّا يُتراءى في بادي النظر مناقضاً لما إختارناه سابقاً من أنّ جواز البيع منافياً لماهيّة الوقف، إلّا أنّ التأمل الصادق يشهد بعدم

المناقضة، خصوصاً بعد ملاحظة ما سنذكره في توضيح المقام، وهو أنّ ماهية الوقف على ما عرفت سابقاً متضمنة للحبس، ومشملة على التأيد ما دام وقفاً، إذ لا معنى لحبسية العين إلاّ منعها عن طرؤ التغيرات عليها.

إلاّ أنّه بعد تشخيص متعلّق الوقف يرتفع إشكال المنافاة من البين، فإذا قال الواقف «وقفتها عليهم من جميع التصرفات، وحبستها عليهم إلاّ عن هذا التصرف» فهذه العين موقوفة من جميع الجهات إلاّ من هذه الجهة، وعدم كونها موقوفة من هذه الجهة غير موجب لصحة سلب اسم الوقف عنها، والأحكام منوطة على الصدق العرفي.

والحاصل: أنّ المالك مسلّط على أنحاء التصرف في ملكه، وللعين جهاتٌ مختلفة يمكن أن يكون مالکها ممنوعاً عن التصرف في ملكهم، وقد أقرّه الشارع على ذلك المنع، وأجرى الحكم على حسب ما أوقفه. ومن المعقول أن لا تكون هذه العين محبوسة من بعض الجهات، إلاّ أن ملك الجهات مختلفة، فمنها ما لا يتحقّق حقيقة الوقف إلاّ بالمنع من التصرف في تلك الجهة، مثلاً لو لم يمنعهم عن التصرف فيها من حيث شخصه، بل الزم عليهم ابقاء ماليّتها، بحيث يجوز لهم تبديلها مطلقاً، وبقاء ثمنها في ضمن شخص آخر، بحيث ينتفع به البطون، لا يصدق على شخص العين أنّها موقوفة، بل يصحّ سلب الاسم عنها، فلا يتحقّق موضوع الوقف حتّى يجري عليه أحكامه، فليس تعلّق الوقفية بتلك الجهة مُصحّحاً لحمل الوقف عليها.

وهل يؤثر إنشاء الواقف في هذا الغرض أم لا؟

موقوفٌ على تجويز صحة تعلّق الوقفية لا بخصوص الشخص، وهو ممنوعٌ. وأمّا إذا منعهم عن التصرف في شخص العين مطلقاً، إلاّ في حالة من الحالات كخوف الخراب مثلاً، فلا ينافي ذلك صدق الوقفية عليه، خصوصاً بعد إلزامهم ببقاء النوع.

وأما مع عدمه، ففيه تأمّل في الصدق المزبور كما سنوضحه إن شاء الله.

وهذا بخلاف ما لو منعهم عن تصرّف خاصّ مثلاً، كانتقاله إلى زيد مثلاً، فهذه أيضاً جهة من جهات سلطنة المالك، إلّا أنّ المنع عنها موجب لصحة حمل الوقفية على العين، بل هذا النوع من التملك هبة مشروطة بشرط، كما لا يخفى.

وبما ذكرنا ظهر أنّه لو قال الواقف «وقفها على أولادي» يقتضي إطلاق الوقف أن تكون الأولاد محبوسة عن التصرّف فيها مطلقاً، ولو قال «وقفها عليهم ولهم تبدلها بما هو أعود لهم» مثلاً، فليس ذلك إلّا منافياً لإطلاقه، أعني كونه محبوساً من جميع الجهات، وليس كونه كذلك معتبراً في مهية الوقف، بل المعتبر كون العين بشخصها محبوسة عن التصرّف فيها في الجملة بحيث يصدق عليها عرفاً أنّها موقوفة، فجواز البيع مطلقاً منافٍ لماهية الوقف مطلقاً.

وأما جوازه في الجملة بحيث ينفي نوعه، فلا ينافي إلّا وقفه في الجملة، ولا يضّرّ ذلك في صدق الاسم، لو لم يكن ركناً في لحاظ العرف، فلهذا قد يتأمل في صحة اشتراط جواز البيع وصرف ثمنها عند الحاجة الشديدة، حيث أن عدم كونها موقوفة من هذه الجهة موجب لصحة السلب عند عروض هذه الحالة، لأنّه حينئذٍ لا يكون محبوساً أصلاً من حيث الشخص، ولا من حيث النوع، فهذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد، حيث أن مقتضى وقفية العين كونها محبوسة ولو في الجملة.

ومقتضى ذلك الشرط خروجه عن الوقفية حينئذٍ مطلقاً، فهما متنافيان، فماهية الوقف لا تتقوم في الخارج إلّا بما إذا تعلّق الحبس بخصوصيّة الشخصية في الجملة، مع لزوم إبقاء ماليّتها مطلقاً، ووجوب حفظها بجميع مراتبها.

وأما خصوص الماليّة فغير قابل لتعلّق الوقفية وتقومها في ضمنها، ولذا يشترطون في الوقف أن يكون متعلّقه شخصاً خارجياً، فتأمل.

## [في أن القدرة على التسليم شرط في العوضين]

قوله: «ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأساً المنافية لوقوعه مراعى...»<sup>(١)</sup>.

أقول: ولعمري أن هذا الاستظهار لقوي متين، كما أيده وجيده في مبحث الفضولي مفصلاً، وإن ناقشنا فيه هناك بعض المناقشة، إلا أنه حقٌ حقيق، وهو أقرب بالتحقيق، كما يظهر لمن تأمل فيما سبق من كلامه.

وأما ما ذكره من لزوم ورود التخصيص عليه بالموارد المذكورة.

ففيه: أنه لا محذور في ذلك بعد مساعدة الدليل عليه، إذ ورود التخصيص لا يوجب رفع اليد عن ظاهر الدليل، مع أنه لو سلّم دلالة الرواية على هذا المعنى يمكن أن يقال:

أولاً: إننا نلتزم بفساد الفضولي رأساً، إذ ليس صحته مجعاً عليها، ألا ترى أن كثيراً منهم استدلوا بهذه الرواية على فساده، وكذا بيع ما يملكه بعد البيع، بل قد

عرفت أن الأقوى عنده بطلان هذا البيع، فكيف يوجب ذلك لأن يرفع اليد عن ظاهر الدليل.

وثانياً: إن إطلاقه ليس متعريضاً إلا لحال البائع الذي ليس عنده المبيع، فيدلُّ على لغوية المبيع له، بحيث لا يصلح للتأثير له بوجه من الوجوه، سواء ملكه بعد أم لا، فلا ينفى بالنسبة إلى غير البائع أصلاً، لعدم كونه متعريضاً لحال الغير، فلا مانع من أن يدل دليل على أن هذا العقد الواقع من غير المالك، الذي كان لغواً بالنسبة إلى عاقده، لو تعقّب باجازه مالكة، لكان مؤثراً بالنسبة إليه، كما لا يخفى.

وأما بيع الرهن وغيره من الموارد المذكورة، لو سلّم صحته فأنما هو لدليل خاص، كما ستكلم في بعضها عن قريب، فلا بد من أن يخصّص به هذه الرواية، ولا محذور فيه.

قوله: «فهل يلحق بالبيع الصلح...»<sup>(١)</sup>.

أقول: الأقوى عدم اشتراط القدرة على التسليم في الصلح، وجواز المصالحة على المجهول مطلقاً، وما يمكن أن يكون مستنداً للمنع بعد تسليم صدق الغرر عليها أمور:

ومنها: استظهار عليّة الغرر للنهي عن البيع، فيما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع الغرر»<sup>(٢)</sup>، فيُعدّى من البيع إلى كلّ معاملة غرريّة.

ويؤيّده كون الحكم عند الأصحاب من قبيل المُسلّمات، بحيث لا ينكره أحد منهم، بعد تسليم صدق الغرر في معاملة، فلعلّ مدرّكهم في ذلك استفادة العليّة من الرواية.

وعلى هذا فنقول: إن الصلح فيما نحن فيه غرريّ، فهو منفيّ في الشريعة،

١- كتاب المكاسب: ١٨٨ سطر ٢٠.

٢- وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤٠ ص ٤٤٨.

بمقتضى عموم العلة المستفادة منها، وبما ذكرنا من كونه من المسلمات عند الأصحاب، ظهر لك وجه آخر للحكم بالفساد.

توضيحه: أنه يعلم من تمسك العلماء في أبواب العقود نفي الغرر، وتسالمهم على ذلك، أن الإجماع منعقد على فساد كل معاملة غررية، إلا إذا دل دليل خاص على الصحة، أو في مورد خاص، كما لو كان مال المصالحة مجهولاً وقد تعذر تعيينه.

والحاصل: أن من تتبع كلماتهم يعلم أن بنائهم في المعاملات ليس على رفع اليد عن قاعدة نفي الغرر، إلا لدليل مخصص، فيكون الأصل فساد المعاملة الغررية، ولا بد في إثبات الجواز من الدليل، وهو منفي في مطلق الصلح، فليقتصر في الخارج على المتيقن، أعني صورة تعذر التعيين.

ومنها: ما أرسله الشهيد في إجارة المسالك عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغرر، وهو باطلاقه يدل على فساد الصلح الغرري، فليقتصر في الخارج على القدر الثابت، وضعف الرواية منجر بعمل الأصحاب، واشتباره فيما بينهم.

هذا غاية ما يمكن أن يستدل بها على اشتراط القدرة على التسليم، وتعيين مال المصالحة في صورة التمكن.

وفيه: منع استظهار العلية منها أولاً، وعلى فرض التسليم فيرد عليه ما سنورده على الاستدلال بالمرسلة.

وأما إجماع العلماء على القاعدة بحيث يصلح للاستدلال فيما نحن فيه، فغير مسلم، والقدر المتيقن من القاعدة ثبوتها في المعاملات اللازمة الغير المبتنية نوعاً على المساحة.

وبعبارة أخرى: ثبوت القاعدة إنما هو في غير الصلح، وأما عمومها بحيث يشمل الصلح ممنوع، والسر في ذلك ما سنذكره عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما الجواب عن الرواية: فبعد تسليمها، والغض عن عدم الوثوق بكونها رواية مستقلة مغايرة للرواية الأولى، لإحتمال السقط وكونها تفسيراً لما يستنبط من

الرواية الأولى. فتكون من قبيل التفسير بالمعنى بزعم المستدل، بدعوى ظهورها في العلية، مع أنها في الصلح غير منجبة بالعمل، أن حكومتها على دليل الصلح غير معلومة، بل لا يبعد دعوى حكومة أدلة الصلح عليها.

والسر في ذلك ظهور الفرق فيما بينه وبين المعاملات الأخر من نحو البيع والإجارة وغيرهما، حيث أن حكمة تشريع الصلح بحسب الظاهر إنما هو قطع الخصومة، ورفع اليد عن الحقوق الثابتة لكل من المتخاصمين، فهو بحسب المفهوم لا يدل إلا على التسالم والتصالح، ولازمه بحسب المصداق الخارجي انتقال مال المصالحة من كل إلى الآخر، فليس المعاوضة فيها بحسب الجعل الأولى مقصوداً أولاً، وإنما هو أمر تطلي يتبع المقصود الأولى، أعني وقوع التصالح بينهما في الخارج، وما ترى أنه قد يقع البيع والإجارة بلفظ الصلح، فليس هذا منافياً لما ذكرنا، ضرورة أنه ليس المقصود من تشريعها التوسعة في الفاظ البيع أو الإجارة، بل لعل الباعث على تشريع الصلح في نظر الشارع، إنما هو جعل عقد به يقطع النزاع ويرتفع الخصومة، كما يفصح عن ذلك مفهوم لفظها، ألا ترى أن منهم من اشترط فيما سبق الخصومة، وليس ذلك إلا لما رأوا من ظاهر لفظه وكثرة وقوعه في موارد الخصومة.

ومن المعلوم أن أغلب الموارد التي يتحقق فيها التشاجر يكون الحق فيها مجهولاً ذاتاً أو مقداراً، فانتفاء الغرر فيها بحيث يساوق البيع والإجارة الواقعة بلفظ الصلح، مع كون المقصود الأولى فيها النقل والانتقال، فأنما هو صلحٌ صوري، وقد قلت أن المقصود من جعلها ليس وقوعها في هذا المورد.

ولأجل ما ذكرنا يمكن أن يدعى أن نسبة دليل الصلح إلى نفي الغرر كنسبة نفي الغرر إلى سائر المعاوضات، بدعوى أن دليل نفي الغرر، كما أنه ناظر إلى أدلة البيع والإجارة وغيرهما فيدل على فسادها حال كونها غررية، كذلك دليل الصلح ناظر إلى الموارد المجهولة القابلة لأن يتحقق فيها النزاع. فعلى هذا لا يصح أن يرتفع فيها



الغرر، لكونه مناقضاً للغرض.

هذا كله مع أنّ جواز الصّلاح في كلّ مورد يتعدّر فيها التّعيين أو يتعسّر مسلّم، فلا بدّ على فرض تسليم الشّمول من التّزام التّخصيص بالنّسبة إلى بعض الموارد دون بعض، وهذا لا يخلو عن بُعد.

والحاصل: أنّ حكومة دليل نفي الغرر بعد الغضّ عن المناقشات على أدلّة الصّلاح غير معلومة، لو لم ندّع العلم بخلافها، أعني حكومة أدلّة الصّلاح على عموم نفي الغرر.

وكيف كان فلا يصحّ التمسك بها في بطلان الصّلاح.

هذا كله مضافاً إلى صحّة الاستدلال للجواز بما في الصّحيح عن الباقر والصادق عليه السلام أنّهما قالوا:

«في رجلين كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه لا يدري كلّ منهما كم له عند صاحبه؟»

فقال: كلّ واحدٍ منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي.

فقال: لا بأس بذلك»<sup>(١)</sup>.

والمناقشة فيها: باحتمال كونه محمولاً على صورة التّعذر أو التعسّر، ممّا لا وجه له، بعد ظهور كونه سؤالاً عن حكم المسألة، لا عن مورد خاص. وتوهم: كونه ابراءً محضاً لا صلحاً.

مدفوع: بظهوره في وقوع التّصالح والتّباني بينهما، بأن يتجاوز كلّ منهما عن الحقّ الثّابت له في ذمّة الآخر، على أن يتجاوز الآخر عمّا في ذمّته ويرفع اليد عنه، وليس المعنيّ بالصّلاح عندنا إلّا هذا، نعم يفيد فائدة الإبراء في خصوص المورد، وهذا لا يقتضي كونه ابراءً حقيقة كما لا يخفى.

ولأجل ما ذكرنا ترى العلماء يتمسكون لصحة الصلح بها، ولعل استفادتهم منها ذلك يكفي في صحة الاستدلال بها، ولا أقلّ من التأييد.

تنبيه: المعاملة الغررية التي نحكم ببطالانها، ما كانت المعاملة بنفسها من حيث هي غررية، فبيع المفلس العاجز عن اداء الثمن رأس الموعد، أو المشتبه حاله غير فاسد، لأنّ نفس المعاملة من حيث هي ليس فيها جهالة.

نعم، لو لم يكن الثمن كلياً في الذمة، بل عقد على عين خارجي لا يقدر على تسليمها، يصحّ أن يقال أنّها غررية، وهذا بخلاف ما لو ابتاعه بما في ذمته، فإنّ عدم القدرة على تشخيص ما في الذمة في الخارج لا يوجبُ صيرورة المعاملة الواقعة غررية من حيث هي، فافهم وتأمل.

\*\*\*

### [اشتراط العلم بقدر المثلث]

قوله عليه السلام <sup>(١)</sup>: «منها صحيحة الحلبي: «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، وأن صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر التي ابتعت؟ قال: لا يصلح إلا بكيل».

قال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح بيعه مجازفةً وهذا مما يكره من بيع «انتهى» <sup>(٢)</sup>.

أقول: وفي الاستدلال بها للمطلوب تأمل، لإمكان حمل قوله عليه السلام «سميت فيه الكيل» على معناه الحقيقي، فيكون المراد أن الطعام الذي عينته من حيث الكيل بأن قلت «بعتك عشرة أكيال»، مثلاً لا يصح بيعها مجازفةً، بأن لا تكيله وتدفعه إلى المشتري على أن يكون المدفوع هو هذا المقدار المعين من دون اعتباره بالكيل، فهذه

---

١ - كتاب المكاسب: ١٩٠ سطر ٨.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤ ص ٣٤١.

الرّواية على هذا الاحتمال لا تدلّ إلا على اعتبار الكيل فيما إذا بيع أكيال معيّنة، لا في مطلق المكيل.

اللّهم إلا أن يتمسك بذيل الرّواية أعني قوله ﷺ «هذا ممّا يكره من بيع الطّعام»، بدعوى ظهور الإشارة في رجوعها إلى مطلق البيع الجزافي فتأمل.

وأما الإيراد على الرّواية باشتائها على ما لم يقل به أحد، أعني عدم تصديق البائع فغير وجيه، لأنّ الظاهر منها أنّ بناء البائع في اخباره على الحدس والمقايضة إلى العدل الآخر، فاخباره قد نشأ عن كونها متعادلين، وقد كان عدلاً عنها، فبان عنده حال العدل الآخر على سبيل الحدس والتّخمين، ومعلوم أنّ هذا التّحو من الأخبار غير معتبر، ولا يوجب ذلك ارتفاع الجهالة بالمرّة، والقرينة على إرادة هذا المعنى مع قطع النظر عن إمكان استفادته من سياق الرّواية، تعليل الإمام ﷺ بقوله «فأنه لا يصلح بيعها مجازفة»، ضرورة أنّه لو ابتاعه معتمداً على اخبار البائع، لا على ما ظهر لهما بالحدس ومقايسته إلى العدل الآخر، لا يتّصف ذلك البيع بكونه مجازفةً.

هذا، ويمكن الخدشة بمثل ما ذكرنا في كثير من الرّوايات الآتية كما لا يخفى على المتأمل، إلا أنّ الإنصاف أنّه يستفاد منها، ولو بملاحظة المجموع، وكيفية سوالات السائلين، كون الحكم أعني لزوم الاعتبار والتّقدير في الموزونات عندهم أمراً مفروغاً عنه، وأنما سألوا في كثير منها عن كفاية اخبار البائع في ذلك، وكونه طريقاً لأحراز هذا الشرط أم لا.

قوله: «وفحوى»<sup>(١)</sup> رواية أبي العطار...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: وفي الاستدلال بالفحوى للمطلوب نظر.

١ - في المكاسب: وفحوى مفهوم رواية....

٢ - كتاب المكاسب: ١٩٠ سطر ١٨.

وامّا أولاً: فلا إمكان منع المفهوم في مثل المقام، بدعوى ظهوره في كون السؤال عن جواز الاكتفاء بالكيل السابق حال غيبة المشتري، في مقام تفريغ الذمة أم لا بد من اعتباره بالكيل بعد البيع حال كونه حاضراً.

وتوضيحه: أن الكرّ على ما قيل اسمٌ لمقدار خاص من الطعام، نظير الوزنة والمنّ والحقّة، فيكون مراد السائل بحسب الظاهر أنّه بعدما عيّنته وميّزته في الخارج، ويقول المشتري «أعطيته بكيّله» يعني بحسب ما كيّله وعيّنته، المسألة عن أنّه هل يجوز الاكتفاء بذلك الكيل في مقام تفريغ الذمة وتسليم المبيع أم لا، فيقول الإمام عليه السلام «إذا ائتمنتك فلا ضير فيه»، وليست هذه القضية ونظائرها مسوقة لبيان المفهوم، بل هي من قبيل المكالمات العرفيّة، من غير ملاحظة المفهوم فيها، وكون الحكم على هذا المعنى بديهيّاً غير موجب لرفع اليد عن ظاهر الرواية وارتياب التأويل فيها، إذ صدور مثل هذه السّؤالات عن الأئمة عليهم السلام ليس بعزيز كما لا يخفى على المستمع في الأخبار، بل لا حاجة في تصديق ذلك إلى تتبع الأخبار أيضاً، ضرورة كون السائلين من الأئمة عليهم السلام مثل عوامنا الذين يسألون الأحكام من علمائنا، وقد نراهم كثيراً ما يسئلون عن مثل هذه المسائل.

وثانياً: سلّمنا كونها سؤالاً عن جواز الاعتماد على أخبار البائع، وكونها طريقاً شرعاً لمعرفة تعيين مقدار المبيع، فتدلّ الرواية على الصحة عند الائتمان. وحينئذ نقول إنّ البيع بعد الأخبار يتصوّر على قسمين:

تارة: يقول البائع بعد اخباره بكون المشاهد كرّاً من الطعام «بعتك هذا الكرّ من الطعام».

والظاهر أنّه لا إشكال في صحّة هذه المعاملة، سواء ائتمنه أم لا، ضرورة عدم صدق الجزاف، ووقوع البيع على المعين؛ غاية الأمر أنّه لو تبين خلاف ما أخبره فله الخيار، كما لو خرج المبيع ناقصاً أو معيوباً كما لا يخفى.

وتارة: يقول بعد اخباره بكونه كرّاً «بعتك هذا الطعام».

فلو قلنا بأن اخباره طريق شرعي لتعيين المقدار، تخرج المعاملة عن كونها جزافاً، ضرورة كونه حينئذ بمنزلة الاستصحاب وغيره من الأمارات، في صحة الاعتماد عليها، لتشخيص المبيع، وفي صورة المخالفة يتدارك بالخيار، كما في استصحاب الأوصاف السابقة.

هذا إذا كان الاخبار طريقاً شرعاً، وأما لو لم يكن كذلك إلا في صورة الائتمان، كما هو مدلول هذه الرواية، على هذا الاحتمال فلا يخرج البيع باخباره عن كونه جزافاً لو اشتراه كائناً ما كان، ففقتضى الرواية بطلانه حينئذ، ويدل بالفحوى القطعي على البطلان حال انتفاء الأخبار، ولكن يشكل ذلك بعدم كون المفهوم معمولاً به بحسب الظاهر، حيث ظاهرهم - كما نسب إليهم - جواز الاعتماد باخبار البائع في تعيين المقدار، ولو لم يكن أميناً، فلا يجوز الاستناد لفحواه، كما لا يخفى.

قوله: «فإنه لا يتصور هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كل من العوضين»<sup>(١)</sup> انتهى.

أقول: ظاهر كلام المصنف، بل صريحه أن المناط في صدق الغرر هو الخطر في صدق المعاملة من حيث مقدار مائة شيء من العوضين، أعني قيمته السوقية، فيدور البطلان على هذا مدار الجهل بها، بحيث لا يعلم أن قيمة كل منهما معادل للآخر، لو لم يتم إجماع في المسألة، بحيث يعلم منه كون الغرر حكمة للتشريع لا علة للحكم، حتى يتبع الموارد الشخصية، وهذا بحسب الظاهر - كما اعترف به المصنف - مخالف لظاهر الأصحاب، مع أنه لا ينطبق على القواعد أصلاً، ضرورة صحة بيع ما لا يعلم قيمته السوقية، لو كان معلوم الوصف، من حيث الجنس والمقدار، وغيرها من الأوصاف التي ذكروها في صحة شرائط البيع، غاية الأمر أنه يثبت الخيار بعد

ظهور الغبن.

وأما فساد أصل المعاملة فلا أظنُّ أحداً يلتزم بذلك، وكيف لا وأكثر معاملة الناس كذلك، إذ قلما يعلم المشتري بالقيمة واقعاً، بحيث لا يتحمّل الزيادة والتقصان، في غير ضروريات التعيش مثل الخنطة والشّعير واللحم، وإن شئت فاختر نفسك، هل تعلم بالقيمة في كثير من المعاملات التي تتفق في غير الضروريات، بل فيها أيضاً لو لم تكن في البلاد المعظمة التي يكون سعر الأشياء فيها معيناً.

وكيف كان، فلا إشكال في صحة تلك المعاملات، وبعد ظهور الغبن يثبت خيار الغبن، ولازم ما ذكر بطلان المعاملات المشتملة على الغبن رأساً، كما أن مقتضاه صحة ما لو لم يعلم من أوصاف المبيع إلا قيمتها، كما لو علم بأن ما في الحب قيمته عشرة دنانير، ولكن لا يعلم أنه من جنس الخنطة أو الشعير أو البقل أو غير ذلك. ومعلوم أنه مخالف لسيرة الفقهاء قطعاً، فتدبر.

ويكشف عن عدم اعتبار العلم بالقيمة، وعدم كون مناط الغرر ذلك، عدم اشتراط العلماء ذلك في عداد الأوصاف المعتبرة، وعلى هذا فالمهم معرفة الأوصاف التي تتصف المعاملة بكونها غررية عند الجهل بها، وقد عرفت اجمالاً أن الجهل بالقيمة ليس منها.

فنقول: قد تقرّر فيما سبق أن الغرر هو الخطر، وقد عرفت فيما سبق أن الجهل بالحصول، وكذا الجهل بالصفة في الجملة، موجب لاتّصاف المعاملة بكونها غررية، أما اتّصاف الجهل بالحصول بذلك، فوجهه واضح، وأما بالصفة فلا يكون كذلك إلا إذا كانت تلك الصفة مقصودة من العمل، فيكون الاقدام عليه مع عدم الوثوق بحصول ذلك المقصود - أعني وجود تلك الصفة - خطراً بالنسبة إلى مقصوده، فتتّصف المعاملة لأجل كون ذلك الوصف مقصوداً من العمل بكونها غررية.

إذا عرفت ذلك فنقول قد أشرنا فيما سبق أن حديث نهي الغرر لا يدلّ إلا على

فساد البيع المتضمن للغرر في حد ذاته، بلا ملاحظة الخصوصيات الخارجة. وأما اتّصاف المعاملات بكونها غرريّة لأجل الخصوصيات الخارجيّة، والدّواعي الأجنبيّة، فليست مشمولة للرّواية، بل مقتضى العمومات صحّتها، ففاد الرّواية ليس إلّا بطلان المعاملة المشتملة على الغرر باعتبار نفس العوضين، سواء أنشأ الغرر عن الجهل بمحصل شيء من العوضين، أو عن الجهل بالأوصاف المقصودة نوعاً من تلك المعاملة، وأما الأغراض الشّخصية، فلا اعتداد بها، ولا تتّصف المعاملة بكونها غرريّة عرفاً، بأشرافها على انتفاء تلك الأغراض.

ثم لا يخفى عليك أنّ المقصود الأصلي في جميع المعاملات نوعاً إنّما هو تحصيل العوضين، فمقصود المشتري من المعاملة تحصيل المبيع الشّخصي الخارجيّ مثلاً، لأجل بعض الدّواعي الخارجيّة النفسانيّة الباعثة لذلك، ومقصود البائع تحصيل ثمنه كذلك، وأما كون المبيع معادلاً لهذا المقدار من الثمن، وكون قيمته كذلك، فليس مقصوداً أصلياً من المبيع نوعاً، وإنّما هو من الدّواعي المنبئة لتحصيل المبيع أحياناً في بعض البيوع، كما في أموال التّجارات، فكونه متّصفاً بهذا الوصف يوجب تطميعة في تحصيل المبيع، كما إذا اعتقد أنّ هذا الشيء له خاصيّة كذائيّة فالتجأ إلى تحصيله، فيكون المقصود في هذه الأمثلة أيضاً تحصيل نفس المبيع بزعم ترتّب مقصوده الخاصّ عليه، ومن المعلوم أنّ احتمال عدم ترتّب المقصود على تلك المعاملة، لا يوجب اتّصاف المعاملة بكونها غرريّة من حيث هي.

والحاصل: أنّ إرادة الانتفاع من معاملة خاصّة تتخيل كون المبيع ذات قيمة كذلك، لا يوجب كون معرفة مقدار المائيّة من الأغراض النوعيّة، كسائر الأوصاف المعتمدة عندهم بحسب النوع، كمعرفة جنس المبيع، فإنّ بناء العقلاء في معاملتهم نوعاً على تشخيص جنس المبيع، فإنّ منهم من يريد شراء الحنطة، ومنهم من يريد شراء الشعير، ومنهم من يريد شراء البقل، ومنهم من يريد غير ذلك من ملاحظة مقدار المبيع، فلو أقدم من يريد شراء الحنطة على شراء شيء مجهول، ولو مع العلم



بكونه مساوياً لها في القيمة، يكونُ مقدّماً على معاملة غرريّة، لكونه في خطرٍ من ترتّب المقصود عليها، فعرفة جنس المبيع عرفاً من المقاصد العقلانيّة في نوع المعاملات، لأختلاف الأغراض المتعلّقة بتحصيل الأجناس المختلفة، فالإقدام على المعاملة حال الجهل، الغاءٌ لما هو المقصود من المعاملات بحسب النوع، فأصل هذه المعاملة غرريّة عند العرف، لكونها اشرافاً على انتفاء ما هو المعتبر عندهم في المعاملات، وعدم تعلّق غرض الشّخص الخاصّ بتشخيص الخصوصية، لا ينفعُ في سلب الاتّصاف عند العرف، ونظير معرفة الجنس في كونها من المقاصد العقلانيّة، من دون ملاحظة كونها ممّا يُتشخّص به مقدار المائيّة معرفة مقدار العوضين في المقدّرات، حيثُ أنّها أمرٌ معتنى به عندهم، إذ به يتقدّر ما يحتاجون، ويتحصّلون منها بمقدار حاجتهم، فإنّ منهم من يحتاج إلى حقّة حنطة أو شعير مثلاً، فيحصّل هذا المقدار قضاء لحاجته، فغرضه من التّقدير تحصيل مقدار الحاجة، لا معرفة مقدار القيمة.

فما يتوهم: من أنّ وضع التّقدير إنّما هو لأجل معرفة قيمة المقدّر. لعلّه فاسد: فإنّ من يحتاج إلى طعام يشبعه، لا يقصد بالبيع معرفة قيمة المبيع من حيثُ هي، واختماً يقصدُ تحصيل مقدار يشبعه لا غير، وأكثر المعاملات العرفيّة من هذا القليل، أعني ممّا يقصد بها دفع الحاجة المتعلّقة بشخص المبيع. وكيف كان، فالحاصل أنّ تعيين المقدار في المقدّرات في حدّ ذاتها من المقاصد النوعيّة في المعاملات، وليس ذلك لأجل تشخيص قيمته السوقية، وعلى هذا يكون الإقدام عليها مع الجهل بالمقدار غرراً، لكونه اشرافاً على ما هو في عُرضة نقض الغرض، وهذا خطرٌ عرفاً.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الغرر وجوداً وعدمّاً يدور مدار العلم بحصول ذات المبيع، وأنّه ما هي من حيثُ الذات، وكَم هو من حيث المقدار؟ وأمّا قيمته السوقية فهي أمر خارج لا اعتداد بها في هذا المقام.

نعم المعتبر في الأثمان كالدرهم والدينار هو معرفة مقدار المائنة دون مقدار الثمن، ولهذا لا يعد الجهل بوزن الدرهم مع العلم بقيمته غرراً، كما سنوضحه عن قريب إن شاء الله، فافهم وتأمل حتى يتضح حقيقة الحال، فإن تعيين مصاديق الغرر من المهمات في هذه الأبواب بأسرها، هذا.

ويمكن أن يقال: بعد تسليم صدق الغرر عرفاً، حال الجهل بالقيمة السوقية تفصيلاً عن الإشكال الوارد في المقام، المقضي لبطان البيع حينئذٍ، مع أنه لا يلتزم به أحدٌ على الظاهر، أنه لا دليل على بطان مطلق البيع المشتمل على الغرر، بل الرواية لا تدل إلا على بطان كل بيع يُسمى في العرف بيعاً غررياً، إذ رُبَّ معاملة تكون مشتملة على غرر في الجملة، ولا يعد ذلك معاملة غررية.

توضيحه: أنا بعدما راجعنا العرف وتفحصنا معاملاتهم، وجدناها في أغلب الموارد مشتملة على غرر في الجملة، ولو من جهة من الجهات، مع أن صحتها عند أهل العرف مما لا يُنكر، وكأنها من الضروريات حتى التجأ العلماء ﷺ في تصحيح ذلك بجعل ما يتسبب الغرر منها في كثير من توابع المبيع، كما يقولون في اس الحائط من أنه من توابع المبيع، مع أن التفرقة بينه وبين ظاهر الحائط، بجعل الأول تابعاً والثاني جزءاً لا يخلو عن تأمل، مضافاً إلى أن جعله من التوابع غير موجب لخروج المعاملة عن كونها غررية، لو فرض اتصافها بها، على فرض كونها جزء، ضرورة تقسيط الثمن عليه، إذ ليس حاله أدون من الأجل، وقد صرحوا بأن للأجل قسطاً من الثمن، ولا نغني بكون الثمن مقسّطاً عليه، كون بعض منه مجزئاً، حتى يقال إنه على هذا الفرض جزء من المبيع، بل المقصود أنه ملحوظ حال التقويم، بمعنى أن الثمن الكذائي إنما هو بازاء هذا الشيء المتصف بكونه كذلك، بحيث لولا ذلك الوصف الملحوظ حال التقويم، يتسرى إلى المتصف، فيكون لأجله المبيع مجهولاً. إلا أن هذا المقدار من الجهالات التي هي لابد منها في أغلب المعاملات، بحيث لا يمكن التحرز عنها، وإن كان في حد ذاته خطراً، ولكنه لا تعد المعاملة لأجلها عندهم غررية،

فكأنَّ المعاملة الغرريَّة عندهم ما كانت الجهالة عندهم أزيد من هذا المقدار الّتي يتعذَّر التحرُّز عنه في معاملاتهم، كأن يكون نفس العوضين مجهولاً من حيث الذات أو الوصف أو المقدار لو أمكن التَّعيين فيها، فلو ورد عليهم النَّهي عن البيع الغرري، لا ينصرف إلى أذهانهم هذا النَّحو من المعاملات، بل المتبادر عندهم ما كانت الجهالة فيه أزيد من هذا المقدار المتعسَّر، نظير بيع الملامسة والمنازمة وغيرها من الأنواع المتعارفة في هذا الزَّمان أيضاً في بعض البلاد، على ما قيل.

وأما البيع الذي تكون القيمة السوقية فيه مجهولة فلا، ولعلَّ الحكمة في ذلك صعوبة الاطلاع على الأشياء، بل تعذُّرها غالباً فلم يعتدَّوا بالتَّعيين فيها، ولم يعدَّوا المعاملة التي لم يتعيَّن فيها القيمة من المعاملات الغرريَّة، وعلى هذا فصدق المعاملة الغرريَّة عندهم أخصَّ من صدق نفس الغرر. ومن المعلوم أنَّ النَّهي متعلِّق ببيع الغرر بنفسه، فتأمَّل.

ومحصَّل ما ذكرنا: أنَّ حديث نفي الغرر يدلُّ على اعتبار الكيل والوزن فيما يكون معرفة مقدار البيع من المقاصد العقلانيَّة بحسب النَّوع، إذ مع الجهل يكون مُقَدِّماً على ما لا يأمن ترتَّب المقصود على معاملته، وهذا غررٌ عرفاً، فلا بدَّ حينئذٍ من التَّعيين أمَّا بالكيل أو الوزن دفعاً للغرر، وهذا أمَّا يعتبر في المكيل والموزون، وأمَّا في غيرهما فيكفي فيه المشاهدة أو العدُّ في المعدودات، ضرورة عدم اعتبار أزيد من ذلك عند العرف في نفي صدق الغرر، وإلَّا لزم أن تكون المعاملة الواقعة فيما بينهم غرريَّة عندهم في غير المكيل والموزون، وهذا بين الفساد.

ثمَّ أنَّ مقتضى ما ذكرنا دوران البطان مدار الغرر، بحيث لو فُرض اندفاع الغرر في موردٍ بغير الكيل والوزن، كما إذا كان للمتعاقدين حدسٌ قويٌّ لا يتخلَّف غالباً، أو بيع مقدار من الطَّعام بمساويه في الوزن بدون العلم بمعرفة الوزن، لكان اللازم علينا الالتزام بالصَّحَّة.

نعم يمكن أن يقال إنَّه يستفاد منها بأنَّ الغرر حكمة لتشريع الحكم لا علة حتَّى

يدور مداره في الموارد الجزئية، بل المتبع هو الغرر النوعي، بمعنى أنها تدلّ على نفي المعاملات التي تكون بحسب نوعها غررية، هذا إذا استندنا في الحكم المذكور بحديث نفي الغرر، وأما لو استندنا فيه بالأخبار المتقدمة، فيمكن الالتزام بالبطان في جميع الموارد تعبدًا، وإن لم تكن غررية.

ولكنّ الإنصاف أن حمل الأخبار على التعبد المحض، لا يخلو عن بُعد، بل لعلّه لحكمة نفي الغرر في الشريعة، لا لأجل كونها في أنفسهما في البيع، ويفصح عن ذلك ظهور قوله عليه السلام «فأنه لا يصلح معه مجازفة» في أن مناط التهي ارتفاع المجازفة، لا لأنهما من التعبدات في هذا المقام فلاحظ.

وعلى هذا فقتضى الروايات أيضاً جواز المعاملة في الأمثلة المذكورة، والظاهر أنه بعد فرض عدم صدق الغرر لا يصدق عليها أنها مجازفة، أو الظاهر كونها متساويين في الصدق، وعلى هذا فيدور البطان مدار الغرر الشخصي.

ولكنّ الإنصاف أن الالتزام بذلك في غاية الإشكال كما ذكره المصنّف، حيث أنّ ظاهر كلمات الأعلام، وفاقاً لظاهر بعض الأخبار على الموارد المشتملة على الغرر، وإن أمكن لكونها الغالب في الموارد، إلّا أنّه خلاف المتبادر، بل لعلّه خلاف مقاصدهم، فالقول بكون التعيّن شرطاً تعبدياً، ولو لحكمة سدّ باب المنازعات لا يخلو عن وجه.

وكيف كان، فيشكل الحكم في الفلوسات المتعارفة من نحو الدرّاهم والدنانير، حيث أنّ السيرة قد استقرّت على عدم التّعيين من حيث الوزن، والاكتفاء فيها بالعدّ، بعد معرفة مقدار قيمتها، مع أنّها بحسب الظاهر ليست من المعدود في شيء، ولذا يتحقّق فيها الرّبا لو بيعت بجنسها بلا إشكال وتأمل.

والحاصل: أنّ أمر الدرّاهم والدنانير وما شابههما في غاية الصّعوبة، لأنّه إن قلنا عددية بعد صيرورتها كذلك، وخروجها عن كونها موزونة، باحداث بعض الأوصاف فيها، كما في الثوب المنسوج من الغزل مثلاً، للزم أن لا تكون ربوية، مع

أَنَّ كونها ربويّة بحسب الظاهر من المسلّمات، بل لعلّ بعض الأخبار أيضاً ناصّة بذلك.

وإن قلنا بكونها موزونة، للزم أن لا يصحّ المعاوضة عليه إلاّ بعد علم المتعاقدين بمقدارها، مع أن السيرة قد استقرّت على عدم التعيين. ودعوى: كون المقدار فيها معلوماً عند الأغلب، ممّا يكذبها الوجدان السليم، ضرورة عدم معلوميّة مقدار أغلب الفلوسات إلاّ للأوحد من الناس، ومع ذلك لا يتأمل أحد من المتشرّعة في صحّة المعاملة بعد العلم بمقدار قيمتها.

ويمكن التفصّي عن الإشكال، بناء على إناطة الحكم مدار الغرر، بدعوى انتفاء الغرر في تلك الموارد، ولو مع الجهل بالمقدار، ضرورة أن الملحوظ في الأثمان عند العرف والعقلاء أنّما هو معرفة مقدارها بحسب القيمة لا بحسب الوزن، ولهذا لا يعدّ الاقدام عليها إقداماً على المعاملة الغرريّة، هذا إذا قلنا بأنّ المناط الغرر شخصياً كان أو نوعياً، لما عرفت من ارتفاعه بعد العلم بمقدار الماليّة في الأثمان، ضرورة أن المقصود فيها نوعاً هو تحصيل مقدار من المال بملاحظة القيمة، لا من حيث خصوصيّتها، وعلى هذا فيفارق الحكم في هذه المسألة بالنسبة إلى بعض المصاديق مع الحكم في مسألة الرّبا، لأنّ مناط البطلان فيها مطلق التفاضل في العوضين إذا كانا من جنس واحد، إذا كان مكيلاً أو موزوناً من حيث الطّبيعة، ومقتضى ذلك تحقّق الرّبا في الدّراهم والدنانير، ولكن لا يتوقّف صحّة بيعهما على معرفة الموزون، لعدم إناطة ارتفاع الغرر فيها بذلك.

وأما لو قلنا بأنّ التعيين شرط تعبدي في التفصّي عن الإشكال إشكالاً، اللهم إلاّ أن يلتزم بكفاية التعيين الاجمالي، بمعنى أن العلم بانضباط مقدارها بحسب النوع بحيث لا يتخلّف عنها في الغالب، كما هو المتعارف في الدّراهم والدنانير بعد معرفة صفتها وجنسها بالمشاهدة، واحساس ثقلاتها كافٍ في تعيين المقدار. وبعبارة أخرى: أن علمهما بأنّ الدّرههم المحسوس المشاهد له وزن معيّن عند

أهل الخبرة، لا يتخلّف ذلك عن هذا الوزن غالباً، كافٍ في رفع الجهالة المنافية للبيع إذا تبانينا على كونه بهذا المقدار. وعلى هذا لو ظهر نقصانه عن المقدار المتعارف يشبّه الخيار، نظير تخلف وصف السلامة.

ثمّ أنّه لو لم تقل بكفاية هذا المقدار من التّعيين، لتسرّى الإشكال في كثير من المقامات، بل في أغلب المعاملات، ضرورة أنّ أغلب الناس لا يعلمون من الموازين المتداولة في أيديهم، فضلاً عن الموازين المختلفة التي يتلى بها الإنسان حال المسافرة في المنازل المفرّقة، إلّا هذا المقدار، بمعنى أنّه ليس كلّ واحدٍ يعرف مراتب المقادير مثل الصّاع والرّطل والأوقية والحقّة والمنّ وغير ذلك أنّها بكم مثقال، بل لا يعرف المثقال أيضاً أنّه بكم حبة، فلا يعرف منها إلّا كونها مرتبة كذا، مُنضبطة عند العُرف، غاية الأمر أنّه ارتكز إجمالاً في أذهانهم لكلّ مرتبة من تلك المراتب، لأجل مشاهدة مصاديقها مراراً حدّ تقريبياً، ومن المعلوم أنّه لو اكتفى بذلك في رفع الغرر والجهالة، فلا يتفاوت الحال بين أوّل مشاهدته واحساسه، مع علمه بأنّ الموزون في أيّ مرتبة من تلك المراتب، وبين معاملته بعد ارتكاز مقدار تقريبي في ذهنه، إذ المرتكز بعد الممارسة أمّا هو ما أحسّه في أوّل زمان المشاهدة.

وكيف كان، فلا إشكال في صحّة المعاملة المتعارفة الصّادرة عن أغلب الناس، مع العلم بأنّ كثيراً منهم لا يعلم من تلك المراتب إلّا كونها شيئاً منضبطاً عند أهلها، ومساوياً لمقدار تقريبي تصوّره في ذهنه، وعلى هذا، فالمناط في خروج المعاملات عن كونها جزافية، معرفة كون الموزون من أيّ من تلك المراتب المنضبطة، مع علمه إجمالاً بمقداره التقريبي، سواء حصل هذا العلم من كثرة الممارسة، أو من مشاهدته حال البيع، وبمثل ما قلنا في هذا المقام نقول في مسألة الأثمان، من أنّه يكفي في معرفة الوزن علمه بأنّ هذا الثمن الخاصّ مساوياً لما اعتبره المعترف في مثل هذه الفلوس، ولا حاجة بعد ذلك في تعيينها بالوزن ثانياً، لأنّ المدار فيها على الرواج السّوقي لا على الوزن، مع أنّه لو كان البناء على الوزن أيضاً لكفى في تعيينه انضباطه بحسب

نوعه، ولا حاجة في التّعين، وأنّ خصوص الثّمن الشّخصي بعد احساس ثقلاتها ومشاهدتها في الخارج، لما عرفت من عدم اعتبار أزيد من ذلك في نفس الكيل والوزن، كما أوضحنا لك آنفاً.

وعلى هذا فيتّجه القول بصحّة المعاملات الصّادرة من الغرباء بعد مشاهدة واحساس مقدار المبيع بعد الكيل والوزن، ولكنّ المتعيّن قصر مورد الصحّة فيما لو شاهد المقدار الموزون له لا مطلقاً، لعدم مساعدة الدّليل عليه، والأصل في المعاملات الفساد كما لا يخفى.

وقد عُدَّ بالبال أنّه يكفي في الصحّة علمه بنفس المرتبة المطلوبة من حيث هي، كالمَنْ والوزنة والأوقية مثلاً، من أنّ هذه المرتبة الخاصّة هي ما تُسمّيه في عرفنا مثلاً كذا بعد القطع بكون المرتبة أمراً مضبوطاً، ولا حاجة بعد ذلك إلى المشاهدة، كما هو الحال في غير أهل البلد غالباً، ففقتضى ما ذكرنا صحّة معاملاتهم من دون حاجة إلى تصوير المقدار إجمالاً أوّلاً قبل التّعين، فتأمل.



## [في بيع متساوية الأجزاء]

قوله: «فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع»<sup>(١)</sup>.

أقول: يمكن دعوى صدق الغرر بالنسبة إلى بعض المصاديق في الصورة المفروضة، كما لو باع جريباً من ضيعة لا يدري نسبته إليها نسبة النصف أو الثلث أو العشر أو نصف العشر وغير ذلك، فإنّ ضعف الشريك وقوّته في الشركة بحيث يُعدُّ الآخر في جنبه كالمعدوم ممّا يتعلّق به الأغراض، ويكون من المقاصد العقلانيّة، بل ربّما يختلف لأجله الثمن، فيجب معرفتها دفعاً للغرر فتأمل.

قوله: «أمّا الوجه الثالث فيردّه...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: قد عرفت فيما سبق أنّ ليس المدار في الغرر - نفيّاً وإثباتاً - على معرفة القيمة، أو الأوصاف التي تختلف لأجلها القيمة، وعلى هذا فيتوجه على الردّ أنّ العلم بأوصافه الشخصيّة في العبد ونظائره من المقاصد العقلانيّة، وتختلف الأغراض

---

١ - كتاب المكاسب: ١٩٥ سطر ٨.

٢ - كتاب المكاسب: ١٩٥ سطر ٢٥.



لأجلها، وإن لم تختلف الأثمان من جهتها، فيوجب الجهل بها اتصافها بالغرر، كما تقرّر ملاك المطلب فيما سبق فتأمّل.

قوله: «أما الرّابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجي...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: ظاهره تسليم كون المبيع على الفرض أمراً اعتبارياً.  
وفيه: أنّ المبيع في الحقيقة على الفرض هو كلّ واحدٍ من الأشخاص الموجودة في الخارج بخصوصيّته، مع دخول التّرديد فيها، بمعنى الغاء خصوصيّة التّعيين، أعني عدم ملاحظتها حال البيع لا ملاحظة عدمها، حتّى يقال أنّه بهذا الاعتبار لا وجود له في الخارج، فيجب أن يكون كلياً متصادقاً على كلّ واحدٍ من تلك الأفراد، بل البيع أنّما هو نفس الغرر، بالغاء اعتبار الخصوصيّة، وإن كان لا ينفك عنه في الوجود الخارجي أنّه ليس من المستحيل عدم ملاحظتها.

وإن شئت مزيد توضيح ذلك فقس حال ما نحن فيه على الأوامر الصّادرة في مثل قولك (أكرم زيداً أو عمرواً) و(اضرب بكرةً أو خالداً) أو (اعتق بلالاً أو مباركاً) و(اشتر لي خبزاً أو تمرّاً) أو غير ذلك ممّا لا يحصى. ومن البين أنّ متعلّق الأوامر في الأمثلة ليس أمراً اعتبارياً، بل هو نفس الأشخاص بالغاء خصوصيّة التّعيين، ومن هذا القبيل ما لو قال (بعني أحد هذين الشّيئين) أعني الخبز والتمر مثلاً. ولا شبهة أنّه يصحّ امتثال مطلوبه، وإنشاء بيع ما تعلّق به طلبه على نحو ما تعلّق به طلبه، بأن قال «بعتك أحدهما» وأراد انتقال نفس أحد الفردين من غير ملاحظة خصوصيّة التّعيين على نحو تعلّق به طلبه.

وتحقيق الحال: بحيث تنحسم به مادة الإشكال، أنّ مفهوم أحدهما وإن كان أمراً انتزاعياً غير متأصل، إلّا أنّه عنوانٌ إجماليٌّ، لملاحظة ما انتزع منه، وليس هو

بنفسه من حيث هو في هذه المقامات مناطاً للحكم نفيًا وإثباتاً، وأنما الحكم لما هو عنوان له، فيكون واسطةً وطريقاً في إثبات أحكام المعنون، كيف وإلا فمفهوم أحدهما كلي، فلو تعلّق البيع به من حيث هو لخرج عن المفروض، لأنّ المفروض كون المبيع فرداً منتشراً، وكيف كان، فلا فائدة معتدّ بها في إثبات أنّ متعلّق البيع في قولك «بعث أحدهما» خصوص الفردين لا المفهوم الكلي، إذ ليس المراد تعيين معنى اللفظ، بل المقصود إثبات معقوليّة كون البيع فرداً غير معيّن، سواء تأدّى هذا المعنى بلفظ أحدهما أو بلفظ آخر، وبعدهما علمنا بأنّه يصلح لأن يكون بهذا التحو متعلّقاً للطلب، كما في قولك «بعني أحدهما» أو بلفظ آخر، أو «اشتر لي أحدهما» بحيث يكون الفرد المنتشر مطلوباً في عرفنا، صلاحيتّه للبيع والشراء أيضاً كذلك، إذ لا نعقل الفرق بينهما، وعلى المانع ابداء الفرق بحيث يكون صالحاً للمانعيّة، فافهم وتأمل.

قوله: «الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية...»<sup>(١)</sup>.

أقول: لا يخفى عليك أنّ المراد بالكلي في هذا المقام هو القدر المشترك بين الأفراد الموجودة الخارجية، أعني الطبيعة السارية فيها، المتقوّمه بكلّ فرد منها، وهذا هو المعبر عنه بالكلي الخارجي، بمعنى أنّ ظرف المبيع المتّصف بالكلية أنما هو في الخارج لا في الدّهن.

وقد أشكل على بعض المحصّلين من المعاصرين تصوير هذا المعنى، لما يترأى التناقض بين اتّصاف المبيع بكونه كلياً، مع فرض كونه موجوداً في الخارج، ضرورة أنّ الشيء ما لم يتشخص لم يوجد، وبعد الوجود ليس فيه ابهاّم واشتراك، بل كلّ

فرد منه مابين للآخر، وليس فيها جامعٌ خارجيٌّ موجود في الخارج على نحو الابهام والكلية، فلو كان المبيع كلياً لوجب أن يكون ظرفه في الذهن لا في الخارج. وفيه: أنه قد تقرر في محله أن الطبايع المطلقة موجودة في الخارج بوجود أفرادها، ولا مانع من وقوعها بهذه الملاحظة متعلقة للبيع، وكونها غير منفكة عن الخصوصيات المشخصة في الخارج غير منافٍ لذلك، لإمكان إلغاء الخصوصيات في اللحاظ وتعليق البيع على نفس الطبيعة من حيث هي، بمعنى عدم ملاحظة الخصوصيات جزءاً للمبيع، وإن كانت لا تنفك عنها في الوجود، كما ذكرنا في الفرد المنتشر من إلغاء قيد التعيين، مثلاً طبيعة الماء الموجودة في هذا الحوض مطلقة متحصلة في جميع جزئياته، قليلاً كان أو كثيراً، فاذا قيدت هذه الطبيعة بكونها صاعاً منه تبقى على كليتها بالنسبة إلى غير هذه الخصوصية، بمعنى أن كل صاع يفرض فهذه الطبيعة متحصلة به وخصوصياتها الشخصية خارجة عنها ومحصلة لها، فهذه الخصوصيات الشخصية وإن كانت سبباً لتحصيلها وتأصلها في الخارج، إلا أنها بعد التحصيل والتقوم تصير موجودة خارجية، ولو بسبب تلك العوارض المشخصة، فيمكن أن تكون متعلقة للبيع، مع قطع النظر عن تلك الخصوصيات، فهذه الخصوصيات خارجة عن حقيقة المبيع، وهي من حيث هي متحققة في ضمن كل فرد من تلك الأفراد، من غير فرق، وليس المبيع نفس الطبيعة بشرط التعرية عن الشخصيات حتى يمنع وجودها في الخارج.

وبما ذكرنا ظهر اندفاع التوهم السابق، يعني استلزام كون الشيء الخارج منها مشتركاً غير متشخص، وهذا ينافي الوجود الخارجي.

توضيح الاندفاع: أن المبيع إنما هو الطبيعة المهملة من حيث الذات المشخصة بالعوارض المكتنفة بها بالغاء خصوصية التعيين، بمعنى عدم ملاحظتها في تقوم المبيع، لا بشرط الابهام وعدم التشخص، فالمبيع من حيث هو الطبيعة لا بشرط شيء، لا بشرط عدم الخصوصية حتى لا يعقل تأصلها في الخارج.

ومحصول الكلام: في المقام أنّ الطّبيعة المتصوّرة في الذّهن، المنتزعة من الوجودات الخارجيّة، لا بدّ أن يكون لها منشأ انتزاع في الخارج في ضمن الخصوصيّات، ولا استحالة في جعل ذلك المنشأ متعلّقاً للبيع من غير ملاحظة تلك الخصوصيّات فالمبيع هي الطّبيعة الخارجيّة، وأمّا اتصافها بالكلّيّة فهو باعتبار وجودها الذّهني، وإلاّ فالوجود الخارجي لا يتّصف بالكلّيّة والجزئيّة، لا لما ذكره المتوهّم، بل لأنّهما من المعقولات الثّانية، فالوجود أنّما هو في الخارج، وظرف الإِتصاف في الذهن، فافهم وتأمل فإنّ المقام لا يخلو عن دقّة، ولذا أطلنا الكلام فيه، فتأمّل.



## [في بيع الصاع من الصبرة]

قوله: «دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر...»<sup>(١)</sup>.

أقول: وجه الظهور صيرورته لأجل التّوين نكرة بحسب الظّاهر، نظير رجلٌ، وقد ذكروا في محلّه أنّ رجل مع التّوين ظاهرٌ في الفرد المنتشر.

ولكن يمكن منع الظّهور في الصيعان المجتمعة بدعوى أنّ الاجتماع قرينة صارفة للظاهر عن ظهورها، لبعد إرادة فردٍ غير معيّن من الصيعان حال كونها غير متميّزة، بل ولا متشخّصة في الخارج إلّا بنحو من الاعتبار.

وكيف كان، فالمتعيّن رفع اليد عن ظهور لفظ «الصّاع»، إمّا لما ذكره المصنّف من بطلان هذا القسم من البيع على الفرض، وإمّا لما ذكرنا من كون الاجتماع قرينة على إرادة خلاف الظّاهر.

ثمّ أنّه بعد ذلك، هل يُحمل على الكلّي أو الإشاعة؟

الظاهر الأول، وما ذكره المصنّف ﷺ من أن مقتضى معناه العرفي هو المقدار المقدّر بصاع، وظاهره حينئذٍ الإشاعة، لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصبرة. ففيه: أن كون مقتضاه بحسب المتفاهم العرفي كذلك مسلّم، إلا أن تنزيل هذا المعنى على الإشاعة ممنوع، لأنّ هذا المعنى مفهومٌ كليّ يصدق على جميع مصاديقه، بمعنى أن كلّ مقدار يفرض من تلك الصبرة مقدّرٌ بصاع، سواء كان ذلك المقدار مفروزاً أو مشاعاً، فهو مصداقٌ لهذا المفهوم، بإرادة خصوص الفرد المشاع من هذا المفهوم يحتاج إلى اعتبار زائد يدلّ عليه اللفظ، وهو مفقودٌ في المقام كما لا يخفى.

قوله: «وإن قبض في ضمن الباقي بأن قبضه البائع مجموع الصبرة...»<sup>(١)</sup>.

أقول: إقباض الكليّ في ضمن المجموع يتصوّر على وجوه ثلاثة: أحدها: أن يدفع إليه الصبرة ويتعيّن حقّه في المجموع على سبيل الإشاعة، فتكون الصبرة على هذا الفرض بعد القبض مشتركاً بينهما على نحو الإشاعة، وبذلك يتعيّن حقّ المشتري في الفرد المشاع، وليس له الامتناع عن القبول، لما عرفت من أن حقّ التّعيين للمالك، وليس للمشتري إلاّ مطالبة نفس الطّبيعة، وهي تؤدّي باداء كلّ فرد، سواء كان مفروزاً أو مشاعاً، فيجب عليه القبول، نعم له مطالبة القسمة كما في جميع الأملاك المشاعة.

ثانيها: أن يدفع إليه المجموع على أن يكون أمانةً عنده، بحيث يكون حاله بعد القبض كحاله قبله من غير الغائه اختيار التّعيين، الثّابت له بمقتضى العقد، فيكون مقصوده كونها أمانةً لديه حتّى يُعيّن حقّه متى أراد، وهذا وإن كان مقتضاه وصول حقّه الواقعي على ما هو عليه بعنوان الكليّة، لعدم معقوليّة كون ما هو حقّ واقعيّ له

الثابت في الصّبرة الموجودة أمانة عنده، إلّا أنّ القبض، وإيصال الحقّ إليه بهذا النّحو لا يؤثّر في تشخيص حقّه وتعيينه في ضمن فردٍ من الأفراد. ولهذا ليس بعد القبض منع المالك عن التصرف في المصاديق أصلاً، ما لم يؤدّ إلى اتلاف مجموع الصّبرة، بحيث لم يبق له مقدار ما يتعيّن به حقّه، فحاله بعد القبض وقبلة سواء.

ثالثها: أن يدفع إليه المجموع، بعنوان كونه اداءً لحقّه الواقعي على ما هو عليه، من غير تعيينه في خصوص شخص مع بنائه على سلب اختيار التّعيين عن نفسه، بحيث تكون نسبته إليها كنسبة شخصٍ ثالث قد ابتاع منه ما عدا الصّاع بعنوان الكلّية، فبعد قبول المشتري لها منه على هذا النّحو يكون مجموع الصّبرة مشتركاً بينها لا على نحو الإشاعة، بل بمعنى أن كلّاً منها مالكٌ لجزء منها على نحو الكلّية.

وبعبارة أوضح: أن كلّاً منها بعد تبانيهما على هذا المعنى مالكٌ لطبيعة متحصّلة في ضمن الصّبرة، متصادقة على كلّ فردٍ يفرض منها، موافقاً لما يملكه كلّ منها، ومقتضى هذا المعنى عدم جواز تصرف المالك بعد ذلك في الأفراد كالمشتري، لصيرورة ملكه أيضاً كلياً، فلا يجوز لأحدٍ منها الاستقلال بالتصرف إلّا باذن الآخر.

إن قلت: فعلى هذا يجب أن لا تكون الأفراد الموجودة في الخارج، المشار إليها بالإشارة الحسية ملكاً لأحدهما، وهذا غير معقول.

قلت أما أولاً: فبالنّقص بما لو باع الصّبرة المشتملة على عشرة أصوع على عشرة أنفسٍ مثلاً، كلّ صاع منها لشخص بعنوان الكلّية، ومن المعلوم أنّه لا يجوز انكار الصّحة في المثال بعد تسليم جواز بيع الكلّي، كما أنّه لا يجوز الالتزام ببقاء الخصوصيّات على ملك المالك الأصلي بعد بيع العشرة أصوع، لأنّ الخصوصيّات لا تنفكّ عن الطّبايع الموجودة، حتّى تبقى على ملك المالك، بعد انتقال الطّبايع بحذافيرها، غاية الأمر أنّها لم تُلاحظ فيها حال البيع بعنوان الجزئية، كما تقرّر فيما سبق، فما يندفع به الإشكال عن المثال نلتزم فيه فيما نحن فيه أيضاً.

وثانياً : فبالحلّ بما يمكن أن يتصيّد ممّا أشرنا آنفاً، وهو أنّ الأفراد الخارجيّة ليست إلّا الطّبيعة الموجودة المتشخّصة، وبعد صيرورة الطّبيعة الخارجيّة ملكاً لأحدٍ تتبعه الخصوصيّات لا محالة، إلّا أنّها ليست ملحوظة على سبيل الجزئيّة في ماهية ما يقوم الملكيّة، أعني العنوان الكلّي، فالخصوصيّة أيضاً مملوكة بالتّبع من باب المقدّمة، ولذا نقول بتعيين حقّ المشتري في الموجود، لو لم يبق من الصّبرة إلّا صاعٌ، فيما لو اشترى صاعاً كليّاً منها.

والحاصل : أنّ الصّبرة الموجودة بعد فرض كونها بتمامها منطبقة على الكلّين، أعني ما ملكه البائع وهو طبيعة ما عدا الصّاع وما ملكه المشتري وهي طبيعة الصّاع، فهو لها بخصوصيّاتها على سبيل الاشتراك على النّحو المتقدّم لا على نّحو الإشاعة، ولكنّ الخصوصيّات ليست من مقوّمات ملك أحدٍ منها، بل كلّ فرد يُفرض منها بحيث ينطبق على أحد من الكلّين يصحّ أن يجعل مصداقاً، فتأمل فإنّ المقام في غاية الدقّة.

إذا عرفت ما ذكرنا فنقول : إنّ لا خفاء في أنّه لو تلف بعض الصّبرة التي قبضها، يُحسبُ على كلٍّ منها في الصّورة الأولى، إذ المفروض صيرورة حقه مشاعاً بالقبض، ومعنى الإشاعة على ما ذكرنا سابقاً أنّ له في كلّ جزء يفرض جزء بالنسبة إلى حقه، والظاهر أنّ هذا التّعبير كناية عن أنّ الملك المشاع شيء واحد مرتبط بشخصين، فليس أحدٌ منها مستقلاً في ملكيّة جزء، وكيف كان، فالتّألف نسبته إليهما على حدّ سواء، وهذا ممّا لا إشكال فيه، كما أنّه لا إشكال في كون التّألف من مال البائع في الصّورة الثّانية، لما عرفت من أنّ نسبة المشتري إليها بعد القبض كنسبته إليها قبل القبض، فكما أنّ تلفه قبل القبض من مال البائع فكذلك بعد القبض، لعدم تعيين حقّ المشتري في شيء من الخصوصيّات بنحو من الأنحاء.

نعم، يبقى الإشكال في الصّورة الثّالثة، ولكنّ الظاهر فيها أيضاً أنّه محسوبٌ عليهما، حيث أنّ نسبتهما إليهما على حدّ سواء، فاختصاص أحدهما بالتّألف دون



الآخر ترجيح من غير مرجح، فهذه الصورة والصورة الأولى مشتركان في هذا الحكم، فقبض الكلّي على هذا النحو بمنزلة قبض الفرد المشاع حكماً.

هذا، وليتنبّه المتأمل فيما ذكرنا على دفع الإشكال عن مسألة الاستثناء، إذ لا فرق عند التحقيق بين أن يكون المبيع صاعاً من صبرة موجودة، أو مجموع الصبرة إلّا صاعاً منه، في أنّ اختيار التّعيين بيد البائع، ضرورة أنّ المفروض في مسألة الاستثناء أنّ البائع أيضاً لم ينقل إلى المشتري إلّا ما عدا الصّاع الموضوع لنفسه، لا أنّه انتقل أولاً تمام الصبرة إلى المشتري حتّى يحتاج تلك الصّاع إلى نقل مستأنف من المشتري إليه، بل لعلّ كونه كذلك في عقد واحد لا يُعقل إلّا بأن يجعل الصّاع جزءاً من الثمن، وعلى هذا فيصير ما انتقل إلى المشتري أيضاً كلياً معنوياً بعنوان ما عدا الصّاع، وإن لم يصرّح بهذا اللفظ، بل استثناء الصّاع الكلّي ملازم لصيرورة ما انتقل إلى المشتري كلياً، ضرورة أنّ أيّ صاع أفرز البائع ودفع المشتري ما عداه يكون مطابقاً لحقه، فليس له إلزام البائع على خصوصية أخرى، بأن يلزمه على أخذه فرداً آخر غير ما أفرزه أولاً، وأداء ما عداه. وهذا ظاهر للمتأمل، بل لا ستره فيه أصلاً، إذ لا نرى فرقاً بعد مراجعة الوجدان بين أن يبيع البائع أربعة أصوع أو خمسة أو ستة من صبرة يكون مجموع صيعانها عشرة في أنّ ما في نفس البائع في تلك الأمثلة شيء واحد، بمعنى أنّ مقصوده في جميعها بيع مقدار من المجموع، وابقاء مقدار آخر منه لنفسه. غاية الأمر أنّه يختلف تعبيره في أداء المقصود بالنسبة إلى الأمثلة، فحقّ لم يبلغ النّصف يعبر بقوله «بعتك صاعاً أو صاعين» أو غير ذلك، وإذا بلغ النّصف يصرّح النّصف غالباً، إذا جاوز النّصف يعبر بلفظ الاستثناء غالباً، فكما أنّ له تعيين المبيع في المثال الأوّل، فكذالاه ذلك في غيره من غير فرق، لاتّحاد الدليل كما لا يخفى، وعلى هذا فلو أقبض مجموع الصبرة وسلّمه إلى المشتري، لا يخلو الحال عن الصور الثلاثة المتصورة في قبض الكلّي، بل لا يبعد دعوى أنّ الغالب ممّا يتحقّق في الخارج كونه من القسم الأوّل، أعني ما كان الإقباض فيه معيّناً لحقه في الفرد المشاع، ولعلّ كونه

من القسم الثاني أعني ما كانت أمانةً عنده مجرد فرض لا يتحقق في الخارج، كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المعاملات الواقعة بين العرف، في خصوصيات الموارد الواقعة على هذا القسم بكثرتها.

وكيف كان، فلا ينبغي التأمل في أن قبض الكلي في المعاملات العرفية أما أنه من القسم الأول، أو الثالث الذي هو أيضاً مشترك مع الأول في الحكم المذكور سابقاً، أعني كون التالف محسوباً عليهما، كل بالنسبة إلى حقه.

إذا تأملت فيما ذكرنا، علمت أن ما ذكره في مسألة استثناء الأبطال أنه لو خاست الثمرة بحسب التالف عليهما، إنما هو على وفق القاعدة، كما أنه في سابقه أيضاً، أعني مسألة الصاع أيضاً، على حسب القاعدة، فما ذكره بعض في المقام تصحيحاً للجمع بين الحكمين، من أن الالتزام بالأول والثاني إنما هو لأجل الدليل، مثل الإجماع وغيره ليس على ما ينبغي.

نعم، يتوجه على ما ذكرنا إشكال وهو أن مقتضى ما ذكره أن يكون المبيع بعد القبض مشاعاً أو بحكم الإشاعة، فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بالتصرف بدون الآخر، وكذا لو كان اختيار التعيين قبل القبض بيد البائع، وكل من الحكمين مخالف للسيرة القطعية المحققة عند العرف، الثابتة عند من لاحظ طريقتهم في بيع الثمار وغيرها من الموارد.

ويدفع الإشكال: بعد تسليم السيرة، بأن استقلال المشتري بالتصرف، وكذا كونه مختاراً في التعيين في نظر العرف، إنما هو للقرائن الحالية، وظهور فعل البائع في رفع اليد عنه، وتسليط المشتري عليه تسليطاً مطلقاً، وجعل نفسه بمنزلة الأجنبي في مثل تلك المقامات، خصوصاً لو لم يكن المستثنى مقداراً معتدلاً به بالنسبة إلى المستثنى منه، هذا كله مع أن السيرة في غير مثل الثمرة مما لا يترتب المقاصد غالباً، إلا على سلطنة المشتري على المبيع، حتى لا يفوته بعض المنافع، إذ بدونها تكون في عرضة الضياع والتلف ممنوعة غاية المنع، بل لا أظن أحداً يلتزم بجواز استقلال

المشتري في التصرف في الصبرة التي اشترى منها ستة أصوع وبقي أربعة منها على ملك البائع من دون اذن البائع ورضاه، ولعلّ السيرة في مثل الثمرة التي لا تنفك عن الاذن غالباً، بل لعلّ تصرف المشتري في مثل الثمرة مركوز في أذهانهم من أول الأمر، فيكون بنائهم في المعاملة على ذلك، فهو حينئذ بمنزلة الاشتراط.

وكيف كان، فالذي تقتضيه القاعدة ما ذكرناه أولاً، وأما جواز تصرف المشتري مستقلاً فهو موقوف على اذن البائع وهو موجود في كثير من المقامات، مستفاد من القرائن الحالية وغيرها كما لا يخفى.

\*\*\*

## [في البيع برؤية قديمة]

قوله: «وكيف كان، فاذا باع واشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخير المغبون...»<sup>(١)</sup>.

أقول: وفيما ذكره رحمه الله مناقشة، إذ ليس المراد من هذا الخيار الذي ندّعيه في هذا المقام هو خيار الغبن، ضرورة تخلف الغبن عن كثير من موارد التغير، وعدم إناطة الغبن بالتغير، فالمراد اثبات سببية نفس التغير للخيار، فحينئذٍ نقول أن المبيع بالرؤية القديمة على قسمين:

قسم: يعتبر الأوصاف في المبيع بعنوان القيدية والاشتراط، فلا إشكال في ثبوت الخيار في هذا القسم بعد ظهور التغير.

وقسم: لا يكون كذلك، بل المقصود من المبيع، أنما هو نفس المبيع، وأنما يفتقر إلى معرفة الأوصاف لخروج البيع عن كونه غريباً، لا لأن الوصف ملحوظ في نظر هذا المشتري الخاص، وذلك كما لو تعلق غرضه بشراء الحنطة من حيث هي من

دون مدخلية كونه أبيض أو أحمر في متعلق قصده، فتى أراد شرائها لابد من أن يشاهدها بحيث ترتفع الجهالة تصحيحاً للبيع، وبعد المشاهدة يوقع العقد على ذات المبيع، لا على العين المتصفة بالوصف المشاهد، وحينئذ فلو بان خطأه في الحس لا يثبت له الخيار، لعدم أخذ الوصف قيداً للمبيع، ولو في حاقّ الواقع، فلا وجه لثبوت الخيار بعد ظهور الخطأ، وأنما اعتبر المشاهدة لأجل خروج المعاملة عن كونها غررية، لا لامتناع إيقاع العقد على العين المشاهدة من دون مدخلية للأوصاف في قوام المبيع.

نعم،، معرفتها بحيث يرتفع بها الجهالة معتبرة في صحة البيع، لا لأنها مأخوذة في المبيع بعنوان الاشتراط، مع أنه يمكن أن يقال فيما لو تعلق غرضه بالأوصاف الشخصية أيضاً لا يوجب التغير التخيير غالباً في البيوع المتعارفة، لأن الأوصاف فيما بعد المشاهدة من قبيل الدواعي، فلا توجب تقييد المبيع، بمعنى أن المشتري إذا شاهد وصفاً في المبيع فاشتراه لاشتماله على هذا الوصف، فأنما يشتري نفس العين من حيث هي بزعمه أنه واجد لهذا الوصف، ولا يأخذه قيداً في المبيع، كما لا يخفى على من راجع وجدانه ولاحظ المعاملات الخارجية.

وكيف كان،، فحال الاستصحاب بعد فرض اعتباره حال نفس المشاهدة، إذ كما أن المشاهدة طريق واقعي لمعرفة المبيع، كذلك الاستصحاب طريق يجعل الشارع، فكما أنه يصح إيقاع العقد على العين المشاهد، من دون اعتبار الأوصاف على نحو الشرطية، بحيث يوجب خطأها الخيار، كذلك فيما لو أحرز الأوصاف بالاستصحاب.

اللهم إلا أن يلتزم بالخيار في المشبه به أيضاً، أو يقول بالفرق بين المقامين، حيث أن المشاهدة نادراً يتخلف، ولا يعتنى باحتمال التخلف فيها حتى يؤخذ الأوصاف في المبيع على نحو التقييد، وهذا بخلاف الأوصاف الثابتة بالاستصحاب، فتأمل.

قوله: «والصّفات المرئية سابقاً حيثُ أن البيع لا يصحّ إلا مبنيّاً عليها...»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد عرفت أنّه محلّ كلام، إذ بعد فرض اعتبار الاستصحاب من باب الطريقيّة، وكونه محرّزاً للواقع، يكون كنفس المشاهدة، فكما لا يجبُ بعد المشاهدة البناء على كونه واجداً للأوصاف، كذلك في هذا المقام.

قوله: «من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدّة الخيار وإنّ تسلّم الآخر»<sup>(٢)</sup>.

أقول: استصحاب عدم وجوب التسليم غيرُ مثبتٍ لعنوان الخيار، لعدم كونه من اللوازم المجعولة شرعاً، هذا ما قرّره سيّد مشايخنا دام إفاضاته.

ويرد عليه: أنّ عنوان الخيار وإن لم يكن أثراً مجعولاً، إلّا أنّ المستصحب أمرٌ شرعيّ فيترتب عليه جميع الآثار، ولو لم يكن شرعياً، كما تحقّق في محله.

لا يقال: إنّ عدم وجوب التسليم أنّما يساوق عدم لزوم العقد، وعدم وجوب الوفاء به، وهذا المعنى في حدّ ذاته أعمّ من ثبوت الخيار وفساد البيع، فليس ثبوت الخيار من لوازم المستصحب، وأنّما اللازم أمر أعمّ، فلا يثبت به الخيار.

لأنّا نقول: لا شكّ في أنّ العقد الواقع متّصفٌ بالصحة، فعدم وجوب الوفاء به بعد فرض الصحة ملازمٌ لكونه خيارياً، فيترتب على المستصحب، فافهم وتأمّل.

وعلى هذا فما ذكره المصنّف رحمه الله، من أنّه لا مدفع لهذا الوجه إلّا أصالة عدم سبب الخيار لو تمّ لا يخلو عن وجه.

١- كتاب المكاسب: ١٩٨ سطر ٣٥.

٢- كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١١.

قوله ﷺ: «والثاني مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر»<sup>(١)</sup>.

أقول: وهذا الأصل ليس له أثر شرعيٍّ مجعول بلا واسطة، فلا يصلح للمعارضة، نعم، يصح أن نمنع كلاً من الأصليين إلا بناءً على الأصل المثبت، وعلى هذا الفرض فهما سيّان، فيتعارضان.

توضيحه: أنه إن أُريد من أصالة عدم علم المشتري بالمبيع على هذا الوصف، أو غير هذا الوصف، عدم علمه بالمبيع بوصف كونه مبيعاً، فليس له حالة سابقة حتى يستصحب، لأنّ هذا نظير قولك الأصل عدم وقوع هذا العقد على الشيء المتّصف بهذا الوصف، أو بغير هذا الوصف. ومعلوم أنه ليس للمستصحب على هذا الفرض حالة سابقة.

وإن أُريد منه عدم تعلّق علمه بذات المبيع المتّصف بكونه سميناً مثلاً، مع قطع النظر عن وقوع البيع عليه، فلا يثبتُ به أنّ البيع واقعٌ على غير السمين مثلاً، إلا بناءً على الأصل المثبت.

فإن قلت: من آثار الشيء الغير المرئي بتلك الخصوصية أنه لو وقع عليه البيع، لكان خيارياً، والمفروض صدور العقد في الخارج بالحس، فليحكم بثبوت الخيار لكونه من لوازمه المجعولة.

قلت: ليس من آثار عدم الرؤية ثبوت الخيار، بل أثره أنّما هو عدم لزوم العقد لو وقع عليه، وهو أعمُّ من الفساد، وكون العقد خيارياً يحتاج إلى سببٍ خاص، والأصل عدمه.

قوله ﷺ: «الثالث بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً...» (١).

أقول: قد تقدّم أن البيع بالرؤية عبارة عن بيع نفس المرئي، أعني الشيء الخاص الخارجي، وأن اعتبار الاستصحاب أنما هو لأجل تحصيل معرفة المبيع، نظير نفس الرؤية، وليس الحاجة إلى الاستصحاب لاحتراز الأوصاف المرئية حتى تعتبر تلك الأوصاف في المبيع بعنوان الاشتراط، فيكون البيع بناء على تلك الأوصاف، لما أشار إليه المصنف ﷺ من أن البيع بالبناء حقيقة خارج عن البيع بالرؤية، فحينئذ نقول إن الشخص المرئي الخارجي، أما أنه كان هازلاً وقت الرؤية أو سميئاً، فإن كان هازلاً فقد وقع العقد عليه ووصل حقه إليه، وإن كان سميئاً حال الرؤية ووقع البيع عليه، فلم يصل حقه إليه أصلاً، إذ ليس حقه متعدداً، بل حقه متعلقٌ بجزئيٍّ خارجيٍّ مباين في الوجود مع المطلق، وليس هذا من قبيل المطلق والمقيّد في الأوامر حتى يقال أن المطلق قد وصل إليه. وتعلق الحق بالقيد مشكوكٌ مدفوع بالأصل، بل الأصل في كلّ منها على تسليم الجريان معارض بالمثل، لمباينة متعلقهما في الوجود الخارجي، ولا ينافي ما ذكرنا عدم كون الهزال وصفاً وجودياً معتبراً في المبيع، لأن المدار ليس على ذلك، بل على اختلاف متعلق البيع على كلّ تقدير، كما لا يخفى.

قوله: «ويمكن بناء المسألة...» (٢).

أقول: قد ظهر أن هذا البناء لا يخلو عن تأمل، فتأمل.

١ - كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١٥.

٢ - كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١٦.



قوله: «فحيثُ يرجعُ النزاعُ إلى وقوعه على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء به وعدمه، والأصل عدمه»<sup>(١)</sup>.

أقول: ما ذكره رحمته في هذا المقام حقٌّ مطابقٌ لما أشرنا إليه، إلا أن الأصل الذي ذكره أخيراً لا يثبت عنوان الخيار، لأن سبب الخيار مركّب من عدم وقوع العقد على ما ينطبق، ووقوعه على ما لا ينطبق، فني أحد جزئيه بالأصل، لا يثبت تمام العلة، كما تقرّر في محله.

وبتقرير آخر: أن أثر الأصل المزبور ليس إلاّ عدم لزوم العقد، وهو أعمُّ من ثبوت الخيار، نعم، يمكن دعوى خفاء الواسطة في المقام، بدعوى أن العرف لا يفهمون من عدم لزوم العقد الواقع إلاّ كونه خيارياً. وفيه: ما لا يخفى.

قوله رحمته: «والأصل مع المشتري...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: قد عرفت ما فيه فيما سبق.

قوله رحمته: «فإن عدم وصول حقه إليه يُثبت موضوع خيار تخلف الوصف»<sup>(٣)</sup>.

أقول: موضوع هذا الخيار أنما هو مغايرة المدفوع للمبيع، فلا يثبت باصالة عدم دفع العوض إليه، وأمّا عدم وصول الحقّ، ففيه كلامٌ سنوضحه عن قريب إن شاء الله.

١- كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ٢٢.

٢- كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ٢٦.

٣- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢.

قوله: «ومن المعلوم أنّ عدم الانطباق هو الموافق للأصل»<sup>(١)</sup>.  
أقول: إنّ عدم الانطباق ليس له حالة سابقة حتّى تُستصحب.

قوله: «وكذا صحّة ما في التذكرة...»<sup>(٢)</sup>.  
أقول: قد ظهر ما فيه ممّا مرّ، فافهم.

قوله: «والظاهر أنّه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز»<sup>(٣)</sup>.  
أقول: أمّا أصالة عدم وقوع البيع حال السّمن، فلا يثبت بها وقوع العقد بعد الهزال، حتّى يثبت بها موضوع الخيار، كما لا يخفى.  
وأمّا أصالة بقاء السّمن حال البيع، فالظاهر أنّه لا مانع من اجرائها، ضرورة صحّة احراز أوصاف العين المرئية بالاستصحاب، وإيقاع العقد عليها بتلك الأوصاف، ومعلوم أنّ هذا العقد الواقع على المستصحب محكومٌ بالّلزوم ووجوب الوفاء ما لم يعلم تخلفها عن تلك الأوصاف، فلا يرفع اليد عن اللّزوم بمجرد الشكّ في التّغيير، واحتمل كونه بعد البيع، لأنّه لا يمنع عن اجراء استصحاب بقاء الوصف حال البيع. ومن آثار بقاء الوصف حال البيع شرعاً، لزوم البيع الواقع في تلك الحال، ولا يتوقّف موضوع اللّزوم على إثبات أمرٍ آخر وراء إحراز بقاء العين المرئية على تلك الأوصاف حال البيع، فلا يكون هذا من الأصول المثبتة، ولا يعارض هذا الأصل أصالة عدم وقوع البيع حال السّمن، لما عرفت من أنّه لا أثر له شرعاً، فيبقى هذا الأصل سليماً عن المعارض.

١- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٨ وفيه (... هو المطابق للأصل).

٢- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٩.

٣- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٠.

قوله عليه السلام: «فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسألة السابقة»<sup>(١)</sup>.

أقول: إن جواز اجراء هذا الأصل في هذه الموارد لإثبات الخيار لا يخلو عن تأمل، لما عرفت من أن موضوع الخيار إنما يتحقق بعدم انطباق المدفوع لما وقع عليه العقد، وهذا المعنى لا يثبت بأصالة عدم وصول الحق. وأما أثر هذا الأصل، إنما هو جواز المطالبة بحقه، والزامه بالخروج عن عهده، وهذا المعنى في حد ذاته أعم من خصوص الخيار.

نعم،، يمكن أن يقال: إن مدرك الخيار في كثير من هذه، إنما هو دليل نفي الضرر، ولا شبهة في أن عدم وصول حق المشتري إليه ضرر عليه، فالزامه بهذه المعاملة المستلزم لعدم وصول حقه إليه إلزاماً بالمعاملة الضررية، منفية بحكم الشارع، فيثبت له الخيار، كما هو الشأن في إثبات خيار الغبن وغيره من الموارد.

ويرد عليه: أن الحكم إنما هو معلق على عنوان الضرر، وهو لا يُحرز بالأصل المذكور، لأن عدم وصول الحق من حيث هو ليس مصداقاً للضرر، حتى يترتب عليه احكامه، لأن الضرر ليس أمراً عديمياً محضاً مع هذا العنوان، بل له نحو وجود واعتبار في نظر العرف، إذ هو بمعنى الخسارة، وحصول المنفعة في المال مثلاً، وهذا نظير الاعسار أمر موجود خارجي بنحو من الاعتبار، فلا يصح أن يكون العدم المحض مصداقاً لهذا المفهوم. نعم، هو ملازم للضرر في الوجود الخارجي عقلاً، بعد ثبوت نفس الحق، بحيث لا يكون السالبة بانتفاء الموضوع، كما لا يخفى، وحينئذ نقول أنه لو أحرز العدم بالاستصحاب لا يترتب عليه أحكام ذلك اللازم، كما هو الشأن في جميع اللوازم العقلية، لأنها منوطة بصدق الضرر واقعاً، وهو مشكوك

التحقيق في المقام، وليس لنفس الضرر حالة سابقة حتى تستصحب، فلا يجوز أن تثبت أحكام الضرر لهذا العدم الاستصحابي، وهذا ظاهر لا ستره فيه.

اللهم إلا أن يقال: إن الضرر من حيث هو عنوان من العناوين، ليس واسطة في إثبات أحكام متعلقاتها، فيكون موضوعاً بنفسها لتلك الأحكام، بل هو واسطة في الثبوت، بمعنى أن موضوعات الأحكام نفس المتعلقات من حيث هي، وأما عنوان الضرر فهو أمر عام معرف لتلك الأحكام، ولذا عُلّق الحكم عليه في ظواهر الأدلة، وإلا فهو في الحقيقة آلة لملاحظة تلك الأدلة، وعلى هذا فالخارج عن عموم وجوب الوفاء بالعقود، العقود المشتملة على الضرر بعناوينها الخاصة، لأنها ضرر فيترتب عليه أحكام الضرر، إذ المفروض أنه لا حكم للضرر من حيث هو، بل الحكم مترتب على متعلقاتها لأنها ضررية، فالضرر محل لثبوت حكم متعلقاتها، لا واسطة في إثباتها حتى يكون نفس الضرر موضوعاً للأحكام، فتنفى أحرز المتعلقات التي هي موضوعات الأحكام بالاستصحاب، تترتب الأحكام عليها من دون حاجة إلى إحراز الضرر، حتى يكون الأصل بالنسبة إليه مثبتاً، ولا ينافي إثبات الأحكام في مرحلة الظاهر الشك في تحقق المناط، إذ المدار في جريان الاستصحاب إحراز الموضوع دون المناط. كيف ولو أحرز المناط مثل الموضوع لا يعقل الشك بعد، إذ بعد القطع بتحقيق المناط، نقطع بثبوت الحكم ولو لم يكن له حالة سابقة. ومن المعلوم أن مناط الأحكام في جميع موارد الاستصحاب مشكوك التحقيق، وعلمنا بأن مناط الحكم هو الضرر، غير مانع عن جريان الاستصحاب حال الشك في تحقيقه بعد إحراز الموضوع الذي أنيط به الحكم في الأدلة الشرعية، كما لا يخفى.

ومما يقرب هذا المعنى لحديث نفي الضرر، ملاحظة كونه حاكماً على الأدلة، وناظراً إليها، إلا أنه مع ذلك أيضاً خلاف الظاهر.

قوله: «ولو وُجد المبيع تالفاً...»<sup>(١)</sup>.

أقول: في العبارة مسامحة كما لا يخفى.

قوله: «فيما يكفي في قبضه التّخلية»<sup>(٢)</sup>.

أقول: تقييده بخصوص هذه الموارد، لعلّه لكونه أظهر الموارد التي يتحقّق فيها النزاع وأغلبها، وإلاّ فيمكن فرض النزاع في غير هذه الصّورة فيما لو كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري وفي قبضة سلطنته، ثم أوقع البيع عليها، فاختلفا في أنّ المبيع الذي كان في يد المشتري، هل تلف قبل إيقاع البيع أو بعده.

قوله: «وقد يتوهم جريان أصالة صحّة البيع هنا...»<sup>(٣)</sup>.

أقول: محصل ما أفاده المصنّف رحمه الله أنّه يعتبر في جريان أصالة الصحّة قابليّة المحلّ للاتّصاف بكلا الوصفين في حدّ ذاته، وهذا يتوقّف على احراز القدر المشترك الذي هو الموضوع للألفاظ عند الأعْمى، فلو شكّ بعد احراز المانع في اتّصافه بالصّحة والفساد، فيحكم بالصّحة بمقتضى الأصل، وهذا بخلاف ما لو لم يُحرز الجامع بين الأمرين، كما لو تردّد الكلام المسموع من متكلّم بين كونه سلاماً صحيحاً أو سبّاً، لا يُحكم بمقتضى أصل الصّحة بكونه سلاماً صحيحاً حتّى يجب ردّ جوابه، حيث أنّ الجامع بين الصّحيح والفاسد من السّلام غير معلوم التّحقّق، ضرورة أنّ السبّ لا يتّصف بكونه سلاماً فاسداً حتّى يقتضي تنزيه فعله عن الفساد، إثبات كونه سلاماً صحيحاً، وهكذا فيما نحن فيه فإنّ اتّصاف البيع بكونه صحيحاً أو فاسداً فرعُ ثبوت أصل الموضوع وتحقّقه في الخارج على نحو يمكن أن يترتب عليه الأثر،

١- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٥.

٢- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٥.

٣- كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٦.

فاجراء أصالة الصحة أنما هو بعد إحراز تحقق الإنشاء العرفي القابل لأن يكون ممضى في نظر الشارع، وذلك يتوقف على كون المحل قابلاً للنقل والانتقال، فلو لم يعلم كون المحل قابلاً، لا يعلم تحقق أصل الإنشاء، كما لا يخفى.

هذا ولكن يمكن أن يقال إن مجرى أصل الصحة أعظم مما ذكره رحمته بحيث يشمل ما لو شك في كون الفعل الصادر مجرد الصورة، بحيث يصح سلب الاسم عنه حقيقة، ولو قلنا بوضعه للأعم يكون لغواً، أو كونه مما يترتب عليه الأثر؟

بيان ذلك: أن مجرى أصل الصحة ليس مختصاً بأفعال المسلمين، كما أشرنا إليه فيما سبق في طي بعض المسائل، فكما لن يجري في فعل المسلم، كذلك يجري في فعل غيره أيضاً، كيف وإلا للزم تقديم قول المسلم المدعي لفساد العقد، على الذمي المدعي لصحته في صورة التنازع، وغير ذلك من الموارد، مع أن المعلوم من طريقة العلماء خلافه.

وكيف كان، فلا إشكال في أن المناط في الحمل على الصحيح، ليس كونه مسلماً حتى لا يقتضي ذلك إلّا حمله على وجه مشروع، بأن يقال إن تنزيه فعل المسلم عن الفساد من حيث أنه مسلّم لا يقتضي أزيد من ذلك، ولعل المناط هو تنزيه فعل العاقل الشاعر مما لا فائدة فيه، حيث أن مقتضى عقله وشعوره أن لا يأتي بالفعل إلّا لغرض صحيح، وهو في كل فعل بحسب النوع غالباً هو الغرض المنظور من ذلك الفعل، وكونه لغرض آخر صحيح خلاف ظاهر الحال، وهو كونه على وفق الغالب، فكما يحمل اللفظ الصادر منه على مدلوله الأولي بمقتضى ظاهر الحال، حيث أن الظاهر من حاله في مقام بيان المقاصد، وأن اللفظ أيضاً منطبق على مقصوده، واحتمال ارادة خلاف الظاهر، لغرض من الأغراض، لا يعتنى به عند العقلاء، فكذا في أفعاله، حيث أن ظاهر إيجاد الفعل لترتب الغرض عليه، فلو صدر منه فعل كصورة البيع مثلاً، وشك في أنه قصد الإنشاء الحقيقي حتى يكون بيعاً، أو لم يقصد إلّا التلفظ بهذا اللفظ لغرض من الأغراض، يُحمل على البيع الصحيح، إذ الغرض

المنظور من هذا اللفظ غالباً هو التّقل والانتقال، لا مجرد إيجاد الصّورة، فيكون لغواً عرفاً، إذ العرفيات المترتب عليها أحياناً عندهم بمنزلة المعدوم، فلا يحمل الفعل عليه، وما ذكرنا ليس بملاحظة ظهور لفظه في هذا المعنى، بل بملاحظة نفس الفعل من حيث هو فعلٌ.

والحاصل: أنّ مجرى أصل الصّحة، ليس منحصرأً بما إذا تحقّق الفعل الخاص بعنوانه الخاص حقيقةً، وشكّ في صحّته، بمعنى كونه ممضئاً في نظر الشارع، بحيث يترتب عليه الأثر أو غير ممضئ، بل أعمّ من ذلك، بحيث يشمل كلّ فعلٍ صدر من عاقل شاعر يصحّ أن يترتب عليه الأثر، فلو صدر منه ما بظايره البيع، واحتمل في حقّه إرادة الصّورة، يُحمل على البيع الصّحيح، وكذا لو صدر منه صورة الصّلاة أو التطهير أو غير ذلك، ومقتضى ما ذكرنا أنّه لو شكّ فيما غَسَلَ، ثوباً نجساً بعنوان التطهير بعد مضيّ زمانٍ، أنّه هل بلغ الماء إلى الموضع التّجسّ أم لا، لا يعتنى بذلك الشكّ، بل يحكم بالطّهارة لأصالة الصّحة، وهذا بخلاف ما ذكره المصنّف، فإن مقتضاه احرّاز عنوان الغسل العرفي بالنسبة إلى هذا الموضع، والمفروض أنّه مشكوك، فلا يحكم بالصّحة.

ولا تنوّه: أنّ مقتضى ما ذكرنا أنّه لو تردّد كلام المتكلّم بين السّلام والسّب، يُحمل على السّلام.

فيجب ردّه: ضرورة عدم انحصار الكلام الصّحيح، أعني المؤثّر في خصوص السّلام، فلو كان لجنس الكلام الصّحيح أثر شرعي يترتب عليه. وأما خصوص السّلام فلا يثبت به، إلّا بناء على اعتبار الأصل المثبت، ولا بُدّ فيه ان لم نقل باعتبارها من باب التّعبد.

وكيف كان، فما ذكره من تعميم المجري بحيث يشمل ما لو تردّد بين اللغو والمؤثّر أمرٌ ممكن، قابلٌ لأن يجعله الشارع مورداً لأصل الصّحة، وليس القابل منحصرأً بما ذكره المصنّف رحمه الله. وعلى هذا فالمتّبع هو دليل القاعدة، فإن عمّ فهو، وإلّا

فليقتصر على مقدار دلالة الدليل، والعمدة في الدليل في هذا الباب هو الإجماع والسيرة، وأنه «لولا ذلك لم يبق للمسلمين سوق»<sup>(١)</sup> أعني اختلال النظام. وأما الأخبار فقد ضعف دلالتها في محلها.

وأما اختلاف النظام فلا يثمر في إثبات التعميم في شيء، فلا بد أن تلاحظ كلمات العلماء عليهم السلام، ومعاهد إجماعاتهم، ولا يبعد من كلماتهم أن يكون اجراء أصل الصحة في صورة تردد الفعل بين اللغو والمؤثر عندهم من المسلمات، ولكنه في البناء عليه لابد من التتبع والتأمل في كلماتهم، فتأمل.

\*\*\*



## [في بيع المجهول]

قوله : «ففي مرسله البزنطي...»<sup>(١)</sup>.

أقول : الجهالة المتصورة في بيع سمك الآجام التي يمكن أن تكون مانعة عن صحة البيع ، أما الجهل بالوجود أو الحصول أو المقدار والأوصاف ، وظاهر هذه الرواية عدم كونها مسوقة لتصحيح البيع من جهة الجهل بالوجود ، إذ الظاهر منها أن وجود السمكة في الأجمة عند السائل معلومٌ ومسلمٌ ، كما يفصح عن ذلك قول الإمام عليه السلام «أخرج شيئاً من سمكه» وقوله في رواية أخرى «تصيد كفاً من سمك»<sup>(٢)</sup> مع أن احتمال انتفاء السمك رأساً في الأجام المعدة لاصطياد السمك ، المعرضة لبيع سمكها في غاية البعد . بل لا يبعد دعوى كونه من الممتنعات العادية ، فلا يصحّ صرف الروايات إليها وتنزيلها على إرادة تصحيح البيع من هذه الجهة ، فضمّ معلوم الوجود إلى مشكوك الوجود ، وإن كان في حدّ ذاته قابلاً لأن يكون مصححاً

---

١ - كتاب المكاسب : ٢٠٤ سطر ١١ .

٢ - وسائل الشيعة : ج ١٧ باب ١٢ ص ٣٥٦ .

لبيع المجهول، كما في العبد الأبق الذي لم يُعلم وجوده، على أن يكون للثمن بازاء ما فقد، على تقدير تبين فقده حال البيع، إلا أنه غير ممكن الإرادة في مورد الروايات، كما أن إرادة رفع المانع من جهة الجهل بالأوصاف الشخصية أيضاً بعيد، بل معلوم العدم، مع أن الظاهر عدم اعتبار معرفة أوصاف الأشخاص في هذا النحو من المعاملات كبيع الثمار وغيرها.

وعلى هذا فالمتعين تنزيل الروايات على كونها مسوقة لبيان كيفية إزالة المانع من جهة الجهل بالحصول أو المقدار، إذ قلما يتفق الوثوق بحصول تمام ما في الأجمة، بل يمكن دعوى القطع بخلافه، لا أن معرفة مقداره أيضاً بحيث يحصل الاطمئنان متعذر، لو لم تقل بكفاية المشاهدة، فيمكن المعرفة في بعض الأجام الصغار التي لا مانع عن المشاهدة من القصب وكدره الماء وعمقه وغير ذلك مما يمنع عن المشاهدة. ومن المعلوم أن هذا الفرض لا يتحقق إلا في ضمن بعض الأجزاء النادرة، فلا يمنع ذلك عن كون تخيير السائل ناشئاً عن الجهل بالمقدار، كما أن تنزيل الرواية على إرادة التصحيح من هذه الجهة من حيث هي غير بعيد، إلا أنه يبعده أن الظاهر من الروايات كفاية مطلق الضميمة، ولو لم تكن معلومة المقدار، بقرينة قوله «تصيد كفاً من سمك» إذ لو كان التعيين شرطاً في القيمة لما جاز الإهمال، لكونه في مقام البيان من هذه الجهة، نعم، لو ادّعي كفاية المشاهدة في مطلق السمك ولو بعد الاصطياد، وعدم كونها موزوناً، لأمكن توجيه الرواية على هذا الوجه، وإلا فيشكل الأمر، إذ لا تأثير في ضم المجهول إلى المجهول في تصحيح بيع المجهول، كما لا يخفى.

نعم، لو اعتبر التقدير في الضميمة أمكن أن يكون ذلك حيلة شرعية لتصحيح البيع، بأن يكون الملحوظ في البيع بحسب الصورة هو هذا الجزء المعين الجامع لشرائط البيع، ويجعل المجهول تابعاً له بحسب الصورة، وإن كان المقصود بالبيع حقيقة هو هذا الجزء المجهول، إلا أن توجه البيع بحسب الصورة إلى الشيء المعين

يمكن أن يكون مُغنياً عن اعتبار الوصف في غير هذا الشيء من أجزاء المبيع، وهذا بخلاف ما لو لم يعلم هذا الجزء أيضاً، كما هو الظاهر من الروايات، فإنه لا نتعلّل التأثير حينئذٍ، وعلى هذا فلا يستقيم حملها على إرادة ذلك بخصوصه، كما أن تنزيله على خصوص الجهل بالحصول أيضاً مستبعد:

أما أولاً: فلما ذكرنا من عدم انفكاك الجهالتين غالباً في المصاديق، فبيعد الاقتصار في رفع المانع على جهة خاصّة، مع ملازمته لجهة غالباً مانعة عن البيع، مع كون المقام مقام الحاجة. وعلى هذا فلا بدّ أن يلتزم بأنّ الرواية دالّة على صحّة بيع سمك الأجام إذا انضمّ إليها كفّ من شيء معيّن من السمك غير مردّد بين كثيرين، فلا يضرّه جهالة البيع من حيث الحصول والمقدار، كما هو الشأن في أغلب الأجام، بل جميعها. والظاهر أنّ ذكر الكفّ في بعض الروايات من قبيل التمثيل، لا أنّ للأخذ بالكف مدخلة للحكم، بحيث لو وضع جزء معيّن في الأرض لم تكن المعاملة صحيحة، كما لا يخفى.

وعلى هذا فهي كناية عن تعيين البعض، بأن يكون البيع واقعاً عليه بحسب الصورة، بمعنى أنّه لو لم يحصل الباقي كان الثمن بازاء هذا الشيء المعيّن المتيقّن الحصول، لا لمجرّد تحصيل شيء من المبيع، حتّى لا يتيقّن الثمن بلا بدلٍ، على تقدير عدم الحصول رأساً، لأنّ فرض عدم القدرة على تحصيل شيء من سمك الأجام غير محقّق في الآجام، بل ظاهر قوله عليه السلام «تصيدُ كفّاً مِنْ سمك» أنّ الاصطياد منها في غاية السهولة، فلا يصحّ حمل الرواية على إرادة أن لا يبقى المشتري صفر الكفّ مطلقاً، حتّى يكون المناط مطلق العلم بحصول شيء منها، في مقابل الثمن، فان حصل ما عده فهو، وإلاّ فالثمن بازاء الحاصل.

والسرّ في ذلك ما أشرنا من أنّ الظاهر منها كونها حيلة شرعية لتصحيح البيع، بتوجّه البيع على هذا الشيء المعيّن، ويستتبعه الجزء المجهول حصوله، بحيث إن حصل المجموع فهو، وإلاّ فالمتبع هو هذا المتبوع، فلا بدّ حينئذٍ من اعتبار التّعيين في

هذا الجزء، لكونه شرطاً في البيع، إذ لا يكفي في المبيع أن يكون أمراً مردّداً بين الافراد، كما عرفت سابقاً من أنّ التعيين شرط في صحّة البيع.

نعم، يتوجّه الإشكال السابق أعني ظهور الرواية في كفاية تعيين شيء من السمك من دون اعتبار التقدير بالوزن، مع أنّ الظاهر أنّ السمك بعد اصطيادها من الموزونات، فلا بدّ في تصحيح البيع من التقدير بالنسبة إلى الجزء المعين، وإلا فلا يؤثر مطلق التعيين في رفع المانع من هذه الجهة، كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يمنع كونه من الموزونات مطلقاً، أو حال كونه حياً، ويدّعى أنّ الرواية ليست في مقام بيان شرائط الضميمة، وأنما هي مسوقة لبيان كيفية إزالة المانع عن بيع السمك التي في الأجام، فيكون حاصلها أنّه مع الضميمة ولا يصحّ بدونها.

وكيف كان، فلا بدّ من تقييد الرواية من هذه الجهة، إن قلنا بكون السمك من الموزونات كما هو الظاهر، ويمكن أن يقال بعدم اعتبار تعيين المقدار في سمك الاجام كما أشرنا إليه، من أنّه يكفي فيه المشاهدة كبيع الثمار. وعلى هذا فليس المقدار مانعاً، فينحصر المانع في الجهل بالحصول، ويصحّحه الضميمة بالتقريب المتقدم.

ودعوى لزوم اجتماع شرائط البيع في الضميمة بنفسها، قابلة للمنع، لإمكان أن يقال إنّ الكفّ من السمك وإن كان بنفسها موزوناً، إلا أنّه ليس بنفسه مبيعاً حقيقة، بل المبيع هو المجموع من حيث المجموع.

والحاصل: أنّا نمنع اعتبار التقدير في مثل سمك الآجام، حتّى يحتاج تصحيح البيع من جهتها إلى حيلة، بل يكفي فيه التخمين، وأنما المحتاج إليه في الصحّة تعيين ما يقدّر على تسليمه، إذ بدونها يتردّد المقدور بين كثيرين، وهذا مانع عن الصحّة فيحتاج لأجلها إلى الضميمة، فافهم وتأمل فأنّه لا يخلو عن دقّة.

قوله ﷺ: «والأوفق بالقواعد...»<sup>(١)</sup>.

أقول: ما ذكره هنا وفاقاً لما سيذكره في مبحث الخيارات، صريحٌ في أنّ جهالة الشرط تستلزم جهالة المبيع، وكأنه استثنى في هذا المقام من هذه الكلية، ما إذا كان الشرط تابعاً عرفياً، فقد صرح بأن جهالته لا توجب صيرورة البيع غررياً في العرف، وظاهره عدم سراية الجهالة إلى البيع حينئذٍ، فيكون المبيع بتمام أجزائه معلوماً على هذا التقدير، فيخرجُ على هذا عن معقد إجماعهم، هذا بخلاف ما لو جعل جزءاً من المبيع، فإنّ الجهل به يوجب فساد البيع، لا لصيرورة البيع غررياً، لأنّه منافٍ لما أسّسه من عدم الفرق بين الشرط والمجزء، بل للإجماع المدّعى في المقام.

وفيه: أنّا لا نتعلّق الفرق بين التابع العرفي وغيره في لزوم الغرر، فإنّا لو قلنا بسراية الجهالة من الشرط إلى المشروط، فأبى فرق بين اشتراط دخول الحمل في بيع أمه وبيع ما يماثل أمه، لأنّ قيمة الحمل في نظر العرف تختلف كثيراً ما على فرض كونه من البغل أو البرذون أو غيرهما من أنواع الفرس، فيستلزم الجهل بها الجهل بقيمة أمه المشترط كون الحمل معها، كما لو ضمّ إلى غير أمها فتصير المعاملة غرريّة من جهتها، سواء قلنا مناط الغرر هو الجهل بالأوصاف التي تختلف بها القيمة، أو قلنا بأنّ المدار مطلق الجهل بالأوصاف التي تتعلّق بها الأغراض.

وكيف كان، فلا ريب في عدم الفرق بين المقامين، إذ كونه تابعاً لذات المبيع من حيث هي في نظر العرف لا يوجبُ عدم ثبوته الجهل منه إلى المبيع من حيث كونه سبباً.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الذي ذكره في هذا الباب ممّا لا يكاد يلتئم بعضها مع بعض، إذ ربّما يوجد من شخص واحد كلمات مختلفة فضلاً عن أشخاص متعدّدة،

فالتأمل في كلماتهم مما لا يُغني عن جوع، فالأنسب صرف الكلام إلى ما تقتضيه القواعد فنقول: إن مقتضى الأصل، وحديث نفي الغرر، والإجماع المدعى في المقام، بطلان البيع مع جهالة المبيع من حيث هو مبيع، سواء تعلّق الجهالة بنفس المبيع، أو نشأ الجهل به من الجهل بما يتّبعه من الأجزاء والشّرائط، إذا صارت الجهالة المتعلقة بالتابع سبباً لصيرورة المبيع بعنوان كونه مبيعاً مجهولاً.

وأما لو لم يكن كذلك فلا، لعموم أدلة البيع، مضافاً إلى السّيرة بل الضّرورة، إذ لم، يكن كذلك لاختلّ أمر البيع بأسره، إذ قلّما ينفكّ بيع عن جهالة ما كُما في بيع الغنم مثلاً، فإنّ جميع أجزائه شحمه ولحمه وكبده وجلده وصوفه بأسرها مجهولة، وكذا الدّار مثلاً، فإنّ أخشاب سقوفها وغيرها من المصالح المعمولة فيها ونحو الجصّ والآجر، بل استحكام بنائها وغير ذلك كلّها مجهولة، ومع ذلك هذه الجهالات لا تضرّ بالبيع قطعاً.

ودعوى: أنّ الضّرورة اقتضت اغتفار هذا النحو من الجهالات الرّاجعة إلى تسليم صدق الغرر، واغتفاره لأجل الضّرورة، وعدم انصراف أدلة نفي الغرر إلى مثل هذه المقامات، غير مسموعة لصحّة نفي الغرر عن مثل هذه البيوع حقيقةً، وعدم كون المبيع من حيث هو مبيعاً مجهولاً في نظر العرف. والسّرّ في ذلك أنّ طريقة معرفة الأشياء عندهم مختلفة، فعرفة الغنم عندهم تحصل بمشاهدته، والعلم بكونه سمياً أو مهزولاً، وغير ذلك من الأوصاف المعتبرة عندهم، دون معرفة وزن الشّحم واللحم وغير ذلك من الأجزاء، لا لأجل عدم كونها موزونة حينئذٍ، إذ لو أريد بيع كلّ واحدة منها بخصوصها حينئذٍ لم يصحّ بلا إشكال، وطريقة معرفة الدّار بمعرفة قبائها ومقدار ساحتها، دون خصوصيّات الأخشاب والسّقوف وسائر الأجزاء، فجهالة تلك الأجزاء غير موجبة لجهالة الدّار من حيث هي، وكذا الغنم.

وأما ما ذكره من أنّه يجب معرفة أجزاء المبيع بتمامها، فالمراد بها غير مثل هذه الأجزاء ممّا له مدخلة في معرفة المبيع، بحيث لو لم تعرف بخصوصيّاتها لصار المبيع

مجهولاً، كمشاهدة قباب الدّار مفصّلاً ومقدار مساحة أرضها، إذ مع الجهل بها لا تتحقّق معرفة الدّار بما هي، لما ذكرنا من أنّ معرفة هذه الأشياء طريق معرفة الدّار من حيث هي دار.

وإن شئت قلت: يجب معرفة أجزاء المبيع من حيث هو مبيع، وأمّا معرفة أجزاء ذات المبيع لا بوصف كونه مبيعاً فلا، فافهم وتأمل.

وكذا الحال في جميع المركّبات الخارجيّة، كالمعاجين مثلاً، فإنّ صحّة بيع حبّ الأرياح مثلاً يتوقّف على معرفة أنّ هذا الحبّ الموجود الخارجي الذي يريد بيعه حبّ تامّ الأجزاء والشرائط، وأمّا العلم بمقدار أجزائها بخصوصيتها فلا، إذ لا يوجب الجهل بالأجزاء جهالة أصل المركّبات، كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك علمت أنّه لو أريد بيع هذه الأجزاء لا بعناوينها، بل باعتبار كونها في ضمن الكلّ، لا يجب معرفتها بشخصها، فيجوز بيعها مع كونها مجهولاً في ضمن الكلّ تبعاً لبيع الكلّ، والكلّ أعني المركّب بما هو معلومٌ بعنوانه الخاصّ الذي تعلّق به البيع، وهذا بخلاف ما لو قصد بيع هذه الأجزاء بعناوينها المختلفة، كما لو أريد بيع شحم الغنم ولحمه وجلده وصوفه وسائر أجزائه من حيث هي لا من حيث كونها جزءاً للمركّب، وأنّ المبيع هو المجموع فلا يصحّ، لوجوب معرفة المبيع وهو غير حاصل في الفرض، هذا حال الأجزاء.

وأمّا حال التّوابع التي تندرج في المبيع بالاشتراط، فإن كان حاله بعد الشّروط كحال أجزاء المبيع ممّا لا يعتبر العلم بها مفصّلاً في معرفة المبيع، فلا إشكال في صحّته حينئذٍ مع الشّروط، كما في كثير من التّوابع العرفيّة، فإنّ معرفة الحيوان الحامل لا تتوقّف على معرفة خصوصيات حملها، بل يكفي في ذلك مشاهدتها والعلم بكونها حاملاً، إذ ليس حال الحمل مع الأمّ بعد الاشتراط إلّا كحال كبدها وسائر أجزائها. نعم، له جهة استقلال بملاحظة أنّه سينفصل ويصير ملكاً شيئاً أجنبيّاً، ولهذا يعتبر في دخوله في المبيع اشتراطه. وأمّا بعد الشرط فهو كاليد في أنّه لا تتوقّف معرفة المبيع

بعنوانه كونه مبيعاً على تشخيص خصوصيات الحمل .  
نعم، لو تبين فساد الحمل، أو زيادة القيمة مثلاً، يثبت لأجلها الخيار، وأما فساد البيع فلا، فعلى هذا لو قال «بعتك الحامل على أن يكون الحمل لك» صح البيع، وأما لو قال «بعتك الأم وحملها» لا يصح، كما لو قيل في الغنم «بعتك هذه الشاة وصوفها» لا يصح لأن الحمل والصوف على هذا التقدير مما يوجب الجهل بهما جهالة المبيع من حيث كونه مبيعاً، فعلى هذا يتجه ما ذكره العلماء من الفرق بين المقامين، ولعلّ نظرهم في الفرق المذكور إلى ما ذكرناه، كما يشهد عليه تنظيرهم لتصور صحة التابع مع جهالته بأجزاء المبيع كما لا يخفى.

وهذا الذي ذكرنا في غير هذه الصور، كما لو ضم الحمل بغير أمها فلا، لأنه حينئذٍ كسائر الشروط تنسرى جهالته إلى جهالة المبيع بعنوان كونه مبيعاً، إذ ليس للمبيع، أعني الشيء المقيّد بهذا القيد المجهول عنوان آخر معين مبين عند العرف، بحيث لا يتوقف معرفتها على معرفة هذا الشرط، ومقتضى ما ذكرنا دوران الصحة مدار إمكان تنزيل التابع منزلة أجزاء ذات المبيع من حيث هو لا بوصف كونه مبيعاً، بمعنى أن يكون التابع في حد ذاته في نظر العرف كجزء ذات المبيع مع قطع النظر عن المبيع، ولكنه لا بد أن لا يكون بمنزلة الأجزاء التي تتوقف معرفة الكل بعنوانه الخاص على معرفته.

هذا خلاصة ما أفاده سيّد مشايخنا دامت إفاضاته في هذا المقام .  
ولكنّه قد يخطر بالبال أن الموارد التي يمكن أن يلتزم فيها بالصحة أعمّ ممّا ذكره بأن يقال إنّه لو اشترط دخول شيء يسير في مبيع كثير، بحيث لا تؤدي جهالته عند العرف إلى جهالة المبيع من جهة المسامحة بمثل هذه الأشياء في مثل هذه المعاملات الظاهرية، لا إشكال في صحته، سواء كان الشرط المجهول من توابع المبيع، أو أجنبياً عنه، كما لو اشترط دخول لجام الفرس وجلّه في بيعه، أو لجام فرس آخر، بل وغير ذلك ممّا لا ربط له بالمبيع، ولكن يشترط حينئذٍ أن يكون التابع ممّا لا يعتنى بجهالته



في مثل هذه المعاملة، كما لو اشترط ضمّ شيء تردّد قيمته بين نصف درهم أو أقل من نصف درهم إلى مبيع معيّن تكون قيمته عشرة دراهم، لأن هذه المقدار من الجهالات ممّا يتسامح فيها عرفاً، ولا يعدّ الإقدام عليها إقداماً على المعاملة الغرريّة، هذا إذا أدخله في المبيع بعنوان الاشتراط.

وأما لو ضمّه بطريق الجزئية، فلا تأمل في فساد له لو قال «بعتك هذا وهذا» تكون المعاملة بالنسبة إلى هذا الجزء غرريّة، ولا يثمر في صحّته عدم صدق الغرر بملاحظة المجموع، نظراً إلى عدم الاعتناء بمثله في مثل المعاملة، لأنّ هذا إنّما ينفع لو أدخله بعنوان التبعية والاشتراط، وأما بعنوان الجزئية فلا، لأنّ البيع متوجّه على كلا الجزئين على حدّ سواء، فيكون بمنزلة بيعين مستقلّين في كون كلّ منهما متعلّقاً للبيع. ولعلّ هذا ممّا انعقد الإجماع على بطلانه، بمعنى أنّه يجب معرفة أجزاء المبيع إذا كان كذلك، بمعنى أن يكون الثمن موزّعاً عليه في نظر العرف ويكون متعلّقاً للبيع في حدّ ذاته بعد ضمّه إلى الجزء الآخر.

ولعلّ هذا الذي ذكرنا مراد كثير من العلماء، كما يظهر من اشتراط بعضهم في غير التّابع العرفي، بأن يقارب ثمن المجموع ثمن المعلوم، أو كان ممّا يقصد مثله بمثل الثمن، كما في بعض العبارات المتقدّمة، فافهم.

\*\*\*

## [في الأندار]

قوله ﷺ: «ويمكن أن تحرّر المسألة بوجه آخر»<sup>(١)</sup>.

أقول: وحاصل الفرق بين الوجهين، بعد اشتراكهما في كون المبيع مجهولاً في الواقع، وأنما قلنا بصحّته لقيام الإجماع عليها ودلالة الأخبار أن الوجه الأول ناظرٌ إلى جواز الأندار، لتشخيص مقدار الثمن، وتعيين الثمن الذي يستحقّه البائع، بعد الفراغ عن أصل البيع الصحيح الممضى لدى الشارع مع كونه مجهولاً، فالحاجة إلى الأندار ليس لتصحيح البيع على هذا الفرض، بل أنما بعد البيع لتعيين الحق، فصورته في الخارج أن يقول «بعتك هذا المظروف الذي مع ظرفه اثني عشر رطلاً كلّ رطل بدرهم».

وأما الوجه الثاني: فالحاجة إليه أنما هو لتصحيح البيع صورةً في مرحلة الظاهر، فلا بدّ أن يكون الأندار قبل البيع فيقول البائع، في المثال المفروض، بعد اندار رطلين للظرف «بعتك المظروف الذي عشرة أرتال بعشرة دراهم، على أن

يكون كل رطل بدرهم» وأسقط رطلين منه للظرفه.

إذا عرفت ذلك، علمت أنهما معنيان متغايران، فلا بد في تصحيح البيع في كل من الصورتين إلى إقامة الدليل عليها بالخصوص، فعلى هذا لو لم يتم الدليل إلا في أحدهما، لا يمكن القول بالصحة في الأخرى، إذ لا ملازمة بين الصحتين، إذ لو قلنا بالصحة في الصورة الثانية، لأمكن الحكم بالفساد في الفرض الأول، لإمكان مدخلية التعيين للحكمي في المثمن، والواقعي في الثمن، في صحة البيع، وكذا لو قلنا بالصحة في الفرض الأول، لمساعدة الدليل عليها، لا يجوز الحكم بالصحة في الفرض الثاني.

والأولوية المتوهمّة في المقام ممنوعة، بعد اشتغال الصورة الثانية للغرر في البيع حيث هو بيع، وهذا بخلاف الصورة الأولى، فإن فيها ليس غرراً في البيع أصلاً، لأنّ المفروض فيها أن يقول البائع «بعتك كل رطل بدرهم»، ومعلوم أنّ في تردّد المبيع بين كونه عشرة أرطال بعشرة دنانير، أو خمسة بخمسة دنانير، ليس فيه غرراً أصلاً، وأما الغرر فيما لو بيع بعشرة دنانير، سواء كان المظروف خمسة أو عشرة.

واحتمال<sup>(١)</sup>: اشتغال الصورة الأولى على الغرر أيضاً، بناءً على أن يكون الغرر في البيع عبارة عن كونه في عرضة تفويت المقاصد، إذ ربّما لا يقصد الإنسان الاشتراء خمسة أرطال.

مضعّف: بأنّ هذا النحو من الأغراض ممّا لا يعتنى به في نظر العرف أبداً، حتّى يعدّ الجهل بها في نظر العرف غرراً، وهذا بخلاف أوزان المسعرات بالأثمان المعيّنة أن لم يعلم أنّ ما بجذء الدرهم الخاص عشرة أرطال أو خمسة، مضافاً إلى أنّه لو دلّ الدليل على كون هذا النحو من الغرر مغتفرّاً في المعاملات، لما جاز الحكم باغتفار الغرر الحاصل في الصورة الأخرى، لوضوح الفرق بين الغررين.

١ - جاء في صدر صفحة نسخة الأصل قول كاتبها: «صحّ على نسخة الشيخ حسين الحلبي».

وبهذا ظهر لك أنه لو قلنا بأن الغرر والجهالة في البيع متساويان، بمعنى أنه لا ينفك أحدهما عن الآخر لما صحَّ الحكم بالأولوية أيضاً، بدعوى أن الجهالة والغرر في الصورة الأولى من جهتين، وفي الصورة الثانية من جهة واحدة لكون الثمن فيها معلوماً، لما عرفت من الفرق بين الغررين، فيمكن أن يدلَّ المخصَّص - لعموم نفي الغرر - على خروج ما هو من القسم الأول دون الثاني فافهم.

ثم أن المهمَّ في المقام تعيين مقدار دلالة الأدلة، في أنها هل تدلُّ على الصحة في كلا الصورتين، أو صورة معيّنة، أو غير معيّنة؟ وعلى فرض الإهمال أو الإجمال، فالعمل على ما تقتضيه القواعد كما سنوضحه إن شاء الله.

أما الدليل على المطلب: فمنها الإجماعات المحكيّة المتقدّمة، وليعلم أولاً:  
أن الظاهر أن مطرح أنظار العلماء رحمهم الله، بل وكذا موارد أسئلة السائلين وأجوبة الأئمة عليهم السلام أنما هو في الصورة المتعارفة الشائعة بين الناس، فعلى هذا لو علمنا بأن صورة خاصّة من الصورتين هي الشائعة بين الناس، لأمكن تنزيل الأخبار والفتاوى عليها. والظاهر أن المتعارف بين التجار هي الصورة الأولى، بمعنى أنهم يبيعون السلعة كلّ رطل بكذا بعد تعيين وزن المجموع، ثمَّ يُسقطون وزن الجوالق<sup>(١)</sup> بالمقدار المتعارف بينهم، وربما لا يصرّحون بالأندار إلّا بعد انقضاء الأجل إن كان مؤجّلاً، فيندرون وقت استيفاء الحق، بل لعلَّ في كلمات المجمعين أيضاً إشعارات بارادة هذه الصورة، ولعلَّ ظاهر الأكثر ذلك، كما صرّح به الشيخ المصنّف رحمهم الله حيث أن ظاهرهم عدم اعتبار التراضي في صورة احتمال الزيادة أو النقص، وأنما اعتبر الرضا بعضهم في صورة العلم بالزيادة أو النقص، وبعضهم في خصوص الزيادة، وعلّل بعضهم وجه الانحصار بأنّه حقٌّ للمشتري فله اسقاطه، ومن المعلوم أن نفي

١ - الجوالق والجوالق، بكسر اللام وفتحها، وعاء من الأوعية، والجمع جوالق بفتح الجيم وجوالق.

اعتبار الرضا لا يعقل على الفرض الثاني، حيث أن التراضي فيها مستلزم لعدم انعقاد البيع عن تراض، نعم، من علل نفي الجواز في بعض الصور بحصول الغرر، فظاهره ينطبق على الفرض الثاني.

وكيف كان، فلا متيقن بحيث يكون انعقاد الإجماع فيه معلوماً، ضرورة إمكان تنزيل أكثر العبارات على كل من الصورتين.

ولكن الإنصاف أن تعبيرات كثير منهم ظاهرة في إرادة الصورة الأولى، حيث عبروا بما حاصله تن البائع بعد تعيين المجموع، يبيع كل رطل بدرهم، فيسقط للظرف كذا ويدفع الظرف مع الثمن إلى البائع.

ولكن لا يخفى على أنه لا يحصل الوثوق بكون مراد الجميع هذه الصورة، بحيث تظمن النفس بكونها مجعاً عليها، خصوصاً بعد ملاحظة ما يظهر من المحكي عن «التذكرة» من كونه مخالفاً في هذه الصورة، هذا حال الإجماع. وأما الأخبار:

فمنها: موثقة حنّان<sup>(١)</sup>، وهي بظاهرها تنطبق على التحرير الأول، إذ الظاهر من قول السائل «فيحسب لنا النقصان» أن الإنذار عقيب البيع وقت المحاسبة حين أداء حقّ البائع، وكونه تفسيراً للمبيع خلاف ظاهر كلمة الفاء.

ومنها: رواية علي بن أبي حمزة<sup>(٢)</sup>، وهي بظاهرها لا تأبى عن تنزيلها على كل من الصورتين، فهي من هذه الجهة مهمة لا دلالة فيها على شيء من التحريرين. ومنها: رواية علي بن جعفر<sup>(٣)</sup>، وهي وإن كانت ظاهرها بقرينة الفاء كون قوله «ادفع المناسبة بعد الشراء»، إلا أن ظهور ذيل الكلام في كونه سؤالاً عن أصل حال البيع، لا عن جواز الإنذار، مما يقرب انطباقه على التحرير الثاني، فهي قرينة

١- وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٧.

٢- وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٦.

٣- وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٧.

على كون الفاء للتفسير، وأمّا لفظ الرواية فالظاهر أنّه مصحّف وأنّ الصحيح بأسنة بالباء الموحدة والتّون بعد السّين وهو نوع خاصّ من الجوالق ينسج من الكتّان، على ما حكى عن «القاموس»، وأمّا «النّاسبة» بالتّون والباء الموحدة بعد السّين، على ما هو المرويّ فيما بأيدينا من الكتب، فلم يعرف له معنى في كتب اللّغة.

ثمّ أنّا لو قلنا باهمال الأدلّة من هذه الجهة، وعدم ظهور الروايات في خصوص شيء من التّحريرين، فلا بدّ في تعيين أحد القسمين أن يرجع إلى المرجّحات، للعلم بخروج بعض الأفراد عن عموم نفي الغرر والجهالة بمقتضى الأدلّة المتقدّمة، فأنّه وإنّ أمكن المناقشة في الإجماع، بدعوى عدم الاطمينان بموافقة مراد المجمعين بعد تسليم أصله في الجملة، إلّا أنّ ظهور الأخبار في الجملة، ممّا لا يمكن إنكاره حينئذٍ.

فان قلنا بأنّ الغرر والجهالة متساوقان، وأنّ دليل نفي الجهالة بعينه هو عموم نفي الغرر، أو قلنا بعموم نفي الجهالة في البيع كني الغرر، فلا يبعد ترجيح التّحرير الثاني، إذ لا يستلزم هذا التّقدير إلّا ورود تخصيص واحد على عموم نفي الغرر من جهة المبيع، وهذا بخلاف التّحرير الأوّل، فأنّه يستلزم ورود تخصيصين على عموم نفي الجهالة بملاحظة جهالة كلا العوضين. ومعلوم أنّ الالتزام بتخصيص واحد أرجح من التّخصيصين، هذا إن قلنا بأنّ دليل الأمرين عموم نفي الغرر، وأنّهما شيء واحد، فالظاهر أنّه ممّا لا إشكال فيه.

وإن قلنا: بأنّهما متغايران، وأنّ دليل كلّ منهما غير دليل الآخر، فالظاهر أيضاً كذلك لما تقرّر في محلّه من أنّه لو دار الأمر بين تخصيص عامّ واحد من جهة أو تخصيص عامّ آخر من جهتين، يُرجّح الأوّل فتأمل.

وإن قلنا: بكونها مختلفين متغايرين كلّ منهما عن الآخر، كما هو الظاهر وأنّه لا عموم يدلّ على نفي الجهالة. غاية الأمر أنّا علمنا بانعقاد الإجماع على بطلان البيع المجهول في غير ما نحن فيه، فليقتصر على القدر المعلوم.

ودعوى: استفادة العموم من معاهد إجماعاتهم، بحيث يعلم من حاهم أنّهم

لا يجوز بيع المشتمل على الجهالة مطلقاً، ما لم ينهض على صحته دليل خاص، فيكون إجماعهم إجماعاً على القاعدة، كما مرّ نظيره في باب الضمانات.

قابلية للمنع: لإحتمال أن يكون منظورهم بطلان البيع في الموارد التي تكون الجهالة فيها منشأ للغرر، كما يفصح عن ذلك بعض عباراتهم المصرّحة بعدم مانعيتها ما لم توجب غرراً، فلا إشكال في أنّ الأوّل هو مقتضى الأصل، إذ لا يرد على هذا التّقدير تخصيص أصلاً، لأنّ المفروض انتفاء دليل لفظي حتّى يتخصّص، فالمتعيّن هو الحكم بصحة البيع على هذا التّقدير، لعموم «أحلّ الله البيع».

نعم،، لو قلنا باستفادة العموم من الإجماع، وعدم مرجّح يصحّ أن يعتمد عليه في البين، لكان المتعيّن الحكم بالفساد في كلا المقامين، لكونه الأصل في المعاملات، والعلم بخروج فرد غير معيّن غير ضائر كما لا يخفى.

ثمّ أنا لو بنينا على جواز الانداز في خصوص الصّورة الأولى، فهل يجوز مطلقاً ولو مع العلم بالزيادة أو النقيصة، أو لا يجوز إلّا بما يحتمل الزيادة والنقيصة؟ وعلى كلا التّقديرين، هل يعتبر التّراضي من المتبايعين مطلقاً، أو لا يعتبر إلّا في غير ما يتعارف اندازه، أو في معلوم الزيادة أو النقيصة، أو في خصوص معلوم الزيادة؟

وجوه، وربّما استظهر من ظاهر العلماء عدم اعتبار التّراضي فيما يحتمل، واعتباره في معلوم الزيادة، وهذا الاستظهار لا يخلو عن تأمل، لاحتمال أن يكون مرادهم من اشتراط التّراضي مع الزيادة عدم كفاية دفع الثمن إلى البائع في هذه الصّورة بعنوان كونه وفاء لحقه في صيرورة الثمن بتمامه حلالاً له فالتّراضي بكون مجموع الثمن وفاء لحقه لا يبيح له تمام الثمن، إذ لا يصير الزائد ملكاً له بمجرد الرضا بهذا العنوان، فصيرورة الزائد ملكاً له يحتاج إلى رضا مستقلّ يكون هو العلة لانتقال الزائد، فالزائد بمنزلة الهبة المستأنفة، وهذا بخلاف ما يحتمل الزيادة والنقيصة فإنّه يكفي فيه مجرد الرضا بعنوان كونه وفاء لحقه، ولا يحتاج إلى رضا

زائد، لأنّ الزيادة على حقّه غير معلومة حتّى يتوقّف تملّكها على رضا جديد .  
 هذا، ولكنّه لو قلنا باستحالة صيرورة الزائد وفاءً عن الناقص، لأشكل الحكم  
 في صورة الاحتمال أيضاً، إذ على تقدير الزيادة لا يصحّ أن يكون الزائد وفاءً، فلا  
 يجوز تصرّف البائع في الثمن إلّا برضا المشتري على هذا التقدير أيضاً، فلا يكفي في  
 المحلّ مطلقاً رضائه بكونه وفاءً فقط، نعم، يجوز للمشتري منع المالك عن الزائد على  
 القدر المتيقّن عملاً بالبراءة، إن قلنا بجريانها في أمثال المقام، ممّا يستلزم اجرائها  
 إبطال الحقوق كثيراً، كمن ألقى طوماره في البحر وأجرى البراءة بالنسبة إلى حقوق  
 الناس، خصوصاً مع التمكن من تحصيل العلم، كما فيما نحن فيه.

وأما لو منعنا عن ذلك، فاللّازم على المشتري الاحتياط بدفع ما يقطع بفراغ  
 ذمّته، أو تعيين الظروف بالوزن، ولكن ليس للبائع التصرّف فيه ما لم يعلم  
 استحقيقه تمام الثمن، لو لم يرض المشتري بالزائد على تقدير الزيادة، نعم، لو جوّزنا  
 صيرورة الزائد وفاءً عن الناقص بمقتضى جعل الدافع لما احتاج تصرّف البائع إلى  
 استرضاء جديد، بل يكفي في جواز التصرّف إحراز كون الدّفع بعنوان الوفاء،  
 وعلى هذا فلا يحتاج في صورة العلم بالزيادة أيضاً إلى رضا مستقلّ، لو أحرز كون  
 الدّفع بعنوان الوفاء.

ولكن يمكن الفرق بين المقامين، بعد منع تعقّل صيرورة الزائد وفاءً عن  
 الناقص، مع الاتّحاد في الجنس، بدعوى أنّ الاحتمال في أمثال المقام طريقٌ عقلائي  
 لتعيين المظروف، وقد أمضاه الشارع، أو أنّه طريقٌ تعبدّي من قبل الشارع لتعيين  
 المظروف والمظرف مع كونه على نحو الموضوعيّة.

وإن شئت قلت: إنّ الحرص والتّخمين بعد تعيين المجموع بالكيل، والعلم  
 بمعرفة المجموع طريقٌ عقلائي لمعرفة وزن كلّ واحد، وقد أمضاه الشارع، ولما لم  
 يكن التّخمين موجباً للقطع فلا ينفك ذلك عن احتمال الزيادة والتّقصان. نعم، كثيراً  
 ما يفيد الظنّ بالمساواة عرفاً، بمعنى أنّ الحدس قد يوجب الظنّ، بل العلم بعدم



الاختلاف بمقدار يُعنى به، فيكون كتفاوت المكايل والموازين، ولعلّ هذا هو الحكمة في طريقة العقلاء وأمضاء الشارع، فيحلُّ على البائع أخذ ما يدفعه إليه المشتري، مع احتمال كونه زائداً عن حقّه، لعدم الاعتناء بهذا الفرض، بعد فرض كون التّخمين طريقاً شرعياً. نعم، لو انكشف الخلاف، بمعنى أنّه تبين بعد ذلك كون الثمن زائداً عن حقّه، لوجب عليه ردّ الزائد، كما أنّه يجوز في صورة تبين النقصان استيفائه على ما هو مقتضى الطريقة.

وأما لو قلنا بكونه على نحو الموضوعيّة، كما لا يبعد كونه كذلك، بمقتضى الاخبار فلا يجب عليه ردّ الزائد، كما لا يجوز استيفاء الناقص.

وكيف كان، فقد ظهر أنّه ليس في هذه الصّورة، أعني صورة الاحتمال من قبيل الوفاء بالزائد عمّا يستحقّه، إذ بعد فرض كونه طريقاً معتبراً يثبت به الحقّ في مرحلة الظاهر، يرتفع احتمال الزيادة، وهذا بخلاف صورة العلم بالزيادة، إذ لا يجوز حينئذٍ لأكل الزائد إلّا إذا رضي المشتري بأن يكون الزائد هو هوياً مثلاً، فهذا هو الذي ذكرنا من أنّه يحتاج إلى رضا مستقل، ولا يكفي في حليته قصد وفاء حقّ البائع.

ثمّ أنّ الأقوى في المسألة اعتبار التراضي مطلقاً، ولا ينافيه إلّا اطلاقات بعض الأخبار على ما استظهره بعض.

وفيه: منع كون الإطلاق مسوقاً إلّا لبيان أصل جواز الإنذار، كما أنّ السؤال فيها منزّل على هذه الجهة، بعد كون رضا الطرفين مفروغاً عنه، كما صرح به المصنّف، وعلى هذا فلا دليل على صحّة الإنذار قهراً عليهما، أو على أحدهما بعد كون أصل الحكم مخالفاً للقاعدة.

وأما جواز الإنذار بالزائد والناقص، ففرعٌ منع دلالة الأخبار على التّهي عنه في حال التراضي، وتجوز الوفاء بالزائد والناقص.

أما منع دلالة الأخبار ففيه تأمل، كما سيّضح من كلام المصنّف، وقد أشرنا إليه فيما سبق.

وأما الوفاء بالزائد والتأقص، فالظاهر أنه لا مانع منه عقلاً، إذ كما أنه يجوز دفع غير المماثل بعنوان الوفاء، مثل ما إذا استقر في ذمته درهم فأدّى الدينار عمّا في ذمته بعنوان الوفاء من غير المعاوضة أولاً ثمّ الدفع عمّا في الذمة، فكذلك يجوز دفع المماثل زائداً بعد فرض المجموع من حيث المجموع شيئاً واحداً، والغاء مقايضة كلّ جزء من العوض بكلّ جزء ممّا في ذمته، وعلى هذا يصحّ الانداز بالزائد، بأن يندر رطلين لمكان الرّق مع كون وزن الرّق في الواقع رطلاً، ومرجهه إلى دفع ثمن ثمانية أرطال وفاءً عمّا في ذمته وهو ثمن تسعة أرطال، لو فرض كون المجموع عشرة، وكذا لو نقص المندر عمّا هو وزنه الواقعي، فيكون عكس الفرض السابق، هذا إذا جوّزنا الوفاء بالزائد والتأقص.

وأما لو أحلنا ذلك، فلا إشكال في المنع في صورة العلم إلا برضا مستأنف، على أن يكون الزائد عمّا يُحتمل أو التأقص منه هبةً أو ابراءً، وهذا خارجٌ عن فرض الانداز بالزائد والتأقص، ولا إشكال في صحّته.

هذا، ولكنك قد عرفت أنّ الأقوى صحّته، وما قد يتراءى من تنظيره بالأوامر في سقوطها إذا تعلّقت بالطبيعة، بعد إيجادها في ضمن أيّ فرد، ولا يعقل فيها الامتثال بالزائد أو التأقص، فقياسٌ مع الفارق.

توضيحه: أنّ المطلوب في الأوامر حال تعلّقها بالطبيعة، ليس إلاّ إيجاد الطبيعة من حيث هي، وهو يحصل بإيجادها في ضمن أيّ فرد، وبعد إيجاد الفرد لا يبقى طلب واقتضاء بحكم العقل، إذ لو بقي الطّلب بعد إيجاد فردٍ ما للزم أن لا يكون المطلوب مجرد الطبيعة، بل هي مع شيء آخر، وهو بعض الخصوصيات. وهذا خلاف الفرض.

وحاصله: أنّ الطّلب يرتفع بنفسه بعد إيجاد مطلق الطبيعة من دون حاجة إلى شيء آخر، أعني قبول الأمر، وهذا بخلاف مقام وفاء الكلّي الثابت في الذمة، فإنّ المطلوب فيه تعيين ما ثبت في الذمة في ضمن الفرد الخارجي، فكان للدائن شيء

موجود على عهدة المديون، فعلى المديون تعيينه في ضمن أي فرد أراد، إلا أن صيرورته ملكاً للدائن يتوقف على قبول الدائن، إذ ليس للمديون الزامه بالالتزام بالخصوصيات التي دفعها إليه إلا في بعض المقامات، مثل ما لو كان مماثلاً لحقه، وكان بقاءه على عهدة الدائن ضرراً عليه.

وكيف كان، يحتاج سقوط الحق زائداً على تعيينه في ضمن الفرد إلى قبول الدائن، ولا يسقط بمجرد التعيين، فلا يستحيل عقلاً أن لا يقترن تعيين الفرد المساوي مع قبول الدائن، فلا يصير الكلّي المتعين في الخارج بمجرد تشخيصه في ضمن فرد ما ملكاً للدائن قهراً بحكم العقل، بل المملوكية إنما هي بعد قبوله، فيمكن أن لا يقبل إلا إذا عين حقه في ضمن فرد يقترن بخصوصيات يزيد بها عن حقه. نعم، هو ملتزم بالقبول شرعاً في بعض المقامات، ولكنه لا ينافي ما نحن بصده، لأن المقصود بيان أنه لا استحالة عقلاً أن يؤدي الحق بما يزيد عنه أو ينقص، نعم، يشترط بالتراضي، وهذا بخلاف ما لو كان مساوياً فإنه لا يشترط بذلك فيقهر الدائن على القبول.

وهذا الذي ذكرناه ملاك الفرق بين المقامين، من الحاجة إلى قبول الدائن في مقام براءة ذمة المديون، بخلافه في مقام الطلب، إنما هو في كل مورد يتوقف البراءة على تعيين الحق في ضمن الفرد الخارجي، وأما لو لم يكن كذلك بأن ثبت على عهدة الدائن حق للمديون مساوٍ لما كان يطلبه، فلا يحتاج إلى القبول، بل يتهاثر قهراً، فيكون نظير امتثال الأوامر في سقوطها بمجرد الإتيان، ولا بد أن يكون الكلّيات على هذا الفرض متساويين، فلو تخالفاً يبق الزائد في الذمة ويتهاثر المساوي، فافهم وتأمل.

ثم أنه هل يجوز بيع المظروف باندار ظرفه مطلقاً، أو يختص الحكم بما يتعارف فيه ذلك، أو خصوص ظروف السمن والزيت؟

الأقوى هو الثاني، لعدم مساعدة الدليل على الأول، ومنع الخصوصية في

السمن والزيت، خصوصاً بعد ملاحظة ظاهر معقد الإجماع المحكي عن فخر الدين وغيره، بل وكلمات المجمعين، كما سيتضح ذلك من كلمات المصنف فتأمل.

قوله ﷺ: «لاصالة عدم زيادة المبيع عليه»<sup>(١)</sup>.

أقول: مرجعه إلى أصالة براءة ذمة المشتري عن الزائد على المتيقن، وإلا فهذا الأصل بنفسه لا أثر له شرعاً، وكيف كان، فقد أشرنا فيما سبق أن اجراء الأصل في مثل المقام خصوصاً مع التمكن من تحصيل العلم بالواقع لا يخلو عن إشكال وتأمل.

قوله ﷺ: «سواء تواطيا على ذلك في متن العقد...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: لو علما بمقدار الزيادة حقيقةً وأقداً على البيع والانداز، فلا ينبغي الإشكال في صحة البيع.

وأمّا لو لم يعلم إلا بالزيادة في الجملة، فإن جاوزنا البيع على كل من التحريرين، فلا إشكال أيضاً في الصحة لما ذكره المصنف.

وان منعنا البيع إلا بالفرض الأول، أعني ما كانت الحاجة فيه إلى الانداز، لتشخيص الثمن، وقلنا بطلانه في الصورة الثانية، لاشتتاله على الغرر، فيشكل في هذا الفرض، ولو لم يكن ما يندر ممّا علمت زيادته أيضاً، لأنّ التواطى على الانداز بمنزلة الاشتراط، فهو بمنزلة الانداز قبل البيع في صيرورة البيع غررياً، إذ لا فرق عند التحليل بين الانداز قبل البيع أو البيع بشرط الانداز، لأنّ الشرط الغرري مستلزم لصيرورة البيع غررياً.

هذا، ولكنّ الإنصاف على ما يقوى بنظري القاصر صحة البيع على كل من التقديرين، مضافاً إلى كون كل من الصورتين تعارفاً، ومورد الأخبار شيوع

١ - كتاب المكاسب: ٢٠٧ سطر ٢٠.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٠٧ سطر ٢٣.

تواطئها حال البيع على الانذار، بل المتبادر المنساق إلى الذهن من بيع المظروف كونها متباينين حال البيع، بتعيين المبيع بالانذار على النحو المتعارف، فهو بمنزلة الاشتراط في متن العقد، وظاهر العلماء، بل المقطوع من كلامهم، بل من موارد الاخبار هو الصحة في هذه الصورة، ولازمها صحة كل من التحريرين، لاشتغالها على محاذير كل من الصورتين.

نعم، ينبغي أن تقيّد الصحة بما إذا لم يوجب الانذار صيرورة البيع غررياً عرفاً، لإمكان منع شمول الأخبار، بل الإجماع المحكيّ لمثل هذه الصورة ممّا يحتمل أن تكون المخالفة فيه بحيثُ تصير المعاملة غرريّة، إذ الغالب فيها عدم كونها كذلك كما لا يخفى، وعلى هذا الفرض لا يُجدي التراضي في صحّته، لما حُكي عن بعض الأساطين من أن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصحّ عقداً، فافهم.



## [في بيع المظروف مع ظرفه]

قوله: «والذي يقتضيه النظر...»<sup>(١)</sup>.

أقول: الظاهر أن مفروض المسألة في هذا المقام أعمّ ممّا عنونه في صدر المبحث، أعني بيع المظروف مع ظرفه، ومقصوده في هذا المقام بيان حكم كلّ منضمّين بيع بثمن واحد في عقد واحد، وحينئذٍ نقول إنّ المنضمّين، أمّا أن لا يكون شيء منهما موزوناً، فلا إشكال في الصحة، إذ لا يحصل من الانضمام مانع ولا ارتفع شرط.

وما يمكن أن يتوهم: مانعاً جهالة ثمن كلّ واحد منهما، يدفعه القطع بعدم لزوم تعيين اجزاء المبيع الواحد من حيث القيمة.

وأما لو كان كلاهما موزونين، فهو من مصاديق ما بيّن حكمه بقوله ﷺ:

«وأما في غيره من أحد المنضمّين، اللذين لا يكفي في بيعه منفرداً معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع، مع لزوم الغرر الشخصي، كما لو باع

سبيكة من ذهب مرددة بين ألف مثقال ومائة مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال، فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطرٌ يستحق لأجله اللوم من العقلاء.

وأما مع انتفاء الغرر الشخصي، وانحصار المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن، والاجتماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل والموزون، فالقطع بالجواز، لأن النص والإجماع إنما دلّ على لزوم اعتبار المبيع، لا كل جزء منه<sup>(١)</sup> انتهى كلامه. هذا. إنما يمكن أحدهما تابعا للآخر، والآ فسيجيئ حكمه، والظاهر من كلام المصنّف رحمه الله إناطة الحكم بالمنع على الغرر الشخصي، وتمثيله بالسبيكة المرددة، خصوصاً بعد ملاحظة ما ذكره فيما سبق في شرائط المبيع، أن موارد المنع عنده مقصورة بما لو كان الشئان مختلفي القيمة، وأما لو كانا متماثلي القيمة أو متقاربيها مثل الرصاص والنحاس، فهو مما قطع بجوازه، فالمدار عنده على كونه خطرياً من حيث القيمة.

وتوهم: أنه ينبغي أن يصحّ البيع - بمقتضى كلامه - لو تعمّد المشتري على شراء الرصاص بقيمة الذهب، لعدم اشتغال شخص المعاملة على الخطر بعد إقدامه عليه بهذا القصد.

مدفوع: بأنّ التباين والإقدام على المعاملة الغررية، لا يرتفع صدق اسم الغرر عن شخصها عرفاً.

ولكنك بعد التأمل فيما أسلفنا لك، من عدم إناطة الغرر على الجهل بقيمة المبيع، ولا على خصوص الأوصاف التي تختلف القيمة لأجلها، بل بالأوصاف التي تتعلق بها مقاصد العقلاء نوعاً التي منها معرفة مقدار المبيع وجنسه، فلا يصحّ بيع شيء

مردّد بين كونه رطلاً أو رطلين، ولو علم بأنّ قيمته على تقدير درهم مثلاً، علمت أنّ الفرق بين متّحدي القيمة ومختلفيها غير متّجه، وأنّ ما قطع فيه بجوازه فهو في غير محله، وما ذكره من عدم لزوم تعيين مقدار أجزاء المبيع أنّما يتمّ فيما لو اتّحدت الأجزاء، وأمّا لو تغيّرت فلا، إذ كما أنّ مقتضى دليل نفي الغرر وجوب تعيين جنس المبيع ومقداره، كذلك لزوم تعيين كلّ واحدٍ من الشّئين الذين يباع بثمان واحد، إذ لا فرق في كون تعيين وزن المبيع وجنسه من المقاصد بين المقامين، فكما أنّ المبيع المردّد بين أشياء متساوية القيمة، لا يخلو عن الغرر، كذلك لو تردّد أكثره بين أن يكون من هذا أو ذاك، سلمنا نفي صدق الغرر في مثل المقام، لكن نقول إنّ معرفة جنس المبيع ممّا لا بدّ منه، ولو لم نقل بأنّ الجهل به مستلزم للغرر، لأنّ الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه، فلو تردّدت سبيكة مشتملة على الرّصاص والنّحاس، وكان وزن مجموعها أربعة أرطال، بين أن يكون كلّ واحدٍ من رصاصها ونحاسها ثلاثة أرطال، والآخر رطلٌ لا يُعلم جنس المبيع بتمام أجزائه، ضرورة أنّه في المثال يعلم بأنّ رطلاً من المبيع رصاص ورطلاً منه نحاس، ورطلين منه غير معلوم الجنس، فكما أنّه يجب معرفة ذات المبيع، كذا يجب معرفة أجزاء المبيع ممّا لم يحدث له بالتركيب عنواناً آخر يُغيّر معرفته لمعرفة أجزائه كالمعاجين مثلاً، وقد قرّرنا فيما سبق ما به يتبيّن الكلام في هذا المقام. وقد نقلنا الإجماع على وجوب معرفة أجزاء المبيع.

نعم، لو امتاز الجزءان في الخارج، بأن يكون المبيع وصلة من الرّصاص ووصلة من النّحاس، لا يوجب الجهل بمقدار كلّ منها مجهوليّة جنس المبيع في شيء من أجزائه، ضرورة أنّ كلّ واحد من الوصلتين معلوم الجنس، وليس جزء آخر مردّداً بين الأمرين.

إلا أنّك عرفت عدم انحصار المانع في ذلك، وأنّ الجهل بمقدار كلّ منها كالجهل بالجنس موجبٌ لصيرورة المعاملة غرريّة.



ثمَّ أنه لو سلّم انتفاء الغرر، وعدم لزوم معرفة مقدار أجزاء المبيع مطلقاً، وعدم منافاة الجهل بجنس المبيع في بعض أجزائه، كما في بعض الصّور نقول إنّ ما ذكره أخيراً من أنّ النصّ والإجماع أنّما دلّ على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزء منه، فغير مسلم فيما لو كانت أجزاء المبيع متغايرة بحسب الجنس، لأنّ كلمة ما في مثل قوله عليه السلام: «وما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفة»<sup>(١)</sup> ظاهرة في إرادة العناوين الخاصّة المتأتية لأشخاص المسعّرات، فكأنّ الكلام في قوّة قولك أن بيع الحنطة والشّعير وكذا وكذا لا يصحّ بيعه مجازفةً، فلا يصحّ بيع شيء منها إلّا بعد معرفة وزنه بخصوصه، إذ لا يرتفع بالعلم بوزن المجموع صدق اسم الجزاف على بيع كلّ منها، ضرورة صحّة قولك فيما لو بعت صبرةً من الحنطة وصبرةً من شيء آخر ببيع آخر، بعد معرفة وزن مجموع الصّبرتين من حيث المجموع، «أنّي بعت الحنطة من غير معرفة وزنها»، كيف ولو خرج بمعرفة وزن المجموع عن صدق كون بيع الحنطة مجازفةً للزم صحّة بيع كلّ موزونٍ بعد ضمّه إلى شيء آخر، ولو لم يكن ذلك الشيء موزوناً بعد معرفة وزن المجموع، كما لو انضمّ الصّبرة من الحنطة إلى صخرة عظيمة وعيّن وزنٌ للمجموع، إذ لا مدخلية لكون ذلك الشيء الآخر من الموزونات في رفع الاسم.

إن قلت: إنّ ما ذكرت يجري فيما لو بيع صّبرتان من الحنطة ولم يُعيّن وزن كلّ واحدة منها، حيث أنّه يصدق على كلّ منها أنّها بيعت مجازفة.

قلنا: صدق اسم الجزاف في خصوص كلّ منها غير منافٍ لصحّة البيع، بعد معلوميّة وزن مجموع المبيع المتّحد نوعاً، لأنّ المبيع وهو عبارة عن حنطة بمجموع الصّبرتين معلوم بالفرض، والرواية لا تدلّ إلّا على لزوم تعيين وزن نوع الطّعام لا خصوص أجزائها، كما لا يخفى.

وحاصل مدلول الرواية أنه يجب تعيين وزن الحنطة والشعير وغيرها من المسعرات حال البيع، وهذا المعنى موجود في الفرض، وأما اعتبار الزائد على هذا المعنى، بأن يعرف مقدار كل فرد من الأفراد المتحدة بالنوع حال بيع مجموع الأفراد، فلا تدل الرواية عليه.

فحصل مما ذكرنا: أن الأقوى عدم جواز بيع الشئيين الموزونين بعقد واحد من دون تعيين وزن كل واحد منهما.

نعم، قد أشرنا إلى أنه لو حصل من الانضمام طبيعةً ثالثةً عرفاً، بحيث لا حاجة في معرفتها إلى معرفة أجزائها، كالسكنجيين وغيره من المعاجين والأدوية، فلا حاجة إلى تعيين مقدار الأجزاء، كما قرّرنا ذلك في محله، فراجع.

هذا تمام الكلام فيما إذا لم يكن أحد الموزونين تابعاً للآخر.

وأما لو كان أحدهما تابعاً، كما في الفضة المحشّى بالشمع، إن قلنا بكون الشمع تابعاً، وجوزنا بيع الفضة منفرداً واندار الشمع، بمعنى أنه قلنا بكفاية معرفة وزن المجموع في صحة بيع الفضة، كما هو الظاهر، فالأقوى تفريع المسألة على مسألة ضمّ المجهول إلى المعلوم. وقد قرّرنا في هذه المسألة أنه لو كان دخول التابع في المبيع بعنوان التبعية لا الاستقلال، بأن كان جزء من المبيع فلا بأس، وإلا فالأقوى هو المنع فراجع.

ثم لا يخفى عليك ما في ظاهر كلام المصنّف في هذا المقام، حيث قال بعد حكمه بالصحة فيما لو كان أحدهما تابعاً، وإلا فلا، أي إن لم يكن أحدهما تابعاً فلا يصحّ البيع باطلاً، وهذا باطلاً منافٍ، لما ذكره سابقاً في حكم المنضمين، من الإنابة على الغرر الشخصي، وقد ذكرنا أن هذا الفرض من مصاديق هذا الفرع، فالمتجه على مذهبه أن يقال فإن لم يكن أحدهما تابعاً للآخر، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي كالسبيكة المرددة، وإلا فالقطع بالجواز، فافهم وتأمل.

## [في استحباب التفقه في مسائل التجارات]

قوله: «فإن معرفة الحلال والحرام واجبة على كل أحد، بالنظر إلى ما يبتني<sup>(١)</sup> به من الأمور، وليس معرفة جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعةً بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، وعند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها»<sup>(٢)</sup> انتهى.

أقول: قد يتوهم أنّه ﷺ علّل وجوب تحصيل المعرفة بالعلم الإجمالي بثبوت المحرّم في الوقائع التي يبتلي بها ويريد الإقدام عليها.

فيورد عليه: بأنّه يكفي في إثبات الوجوب مجرّد احتمال الحرمة مع قطع النظر عن العلم الإجمالي، بحيث لو لم يبتل إلاّ بواقعة خاصّة غير معلومة الحكم لوجب عليه تحصيل العلم، لما تقرّر في محله من عدم جواز الرجوع إلى الأصول قبل الفحص، فلو ارتكب الشبهة وصادف الواقع لكانت معاقباً، فيحكم العقل بوجوب

---

١ - في المكاسب: يبتلى.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٠٨ سطر ٢٥.

تحصيل العلم لدفع الضرر المحتمل، كما أنه يحكم بوجوب كل واحد من أطراف الشبهة المحصورة لأجل ذلك، ففيما نحن فيه لما كانت الشبهة حكمية، لا تحتاج في اثبات الوجوب إلى دعوى العلم الإجمالي، وقد لاح هذا اليراد من بعض افادات سيد مشايخنا أدام الله أيام إفاضاته وإن لم يُصرّح به.

ولكن الإنصاف أنه غير متّجه، حيث أنه ﷺ لم يحصر العلة في ذلك، بل الظاهر من عطفه بكلمة أو أنّ هذه علة مستقلة لوجوب المعرفة، كما أنّ احتمال الحرمة بنفسها علة مستقلة، فكأنه ﷺ أشار إلى أنّ علة الوجوب في حال الالتفات نفس الاحتمال، وفي حال الغفلة علمه السابق على الفعل في حال من الأحوال، وهذا المقدار من الاختيار يكفي في حسن العقاب، كما أشار إليه في بعض كلماته، فلا يرد عليه ما ذكره من أنّ عقاب الجاهل قبيح لامتناع تحقق الإطاعة معه، فافهم.

قوله: «ثم أنّ المقام يزيد على غيره بأن الأصل في المعاملات الفساد...»<sup>(١)</sup>.

أقول: لا فرق في كون الأصل في المعاملات الصحة أو الفساد، بعد العلم الإجمالي بوجود الأفراد المباحة والمحرمّة، لأنّه لا يجوز التمسك بالأصل مع وجود ما هو مخالف له، كما تقرّر في محله. نعم، المزية التي ادّعت أنّها هي في الشبهات البدوية دون المقترنة بالعلم الإجمالي، اللهم إلا أن يُفصل بين ما إذا كان الأصل في أطراف الشبهة المقرّنة بالعلم الإجمالي الحلية أو الحرمة، فيتمسك بالأصل في الثاني دون الأوّل فتأمل.

ثم لا يخفى عليك أنّه لا يتفاوت الحال في المقام بين أن تثبت للمعاملة المشتبهة بسبب الأصل حرمة ظاهريّة، وبين أن لم تثبت، لما عرفت من كفاية مجرد الاحتمال،

لوجوب التجنب بحكم العقل، وأما ترتب العقاب على مخالفة الأحكام الظاهرية فلا نقول به، بل هو دائر مدار الواقع، كما في ارتكاب الشبهة التي ليس فيها معذوراً. وأما العقاب من جهة التجري، ففي كلا المقامين موجودٌ لو قلنا به. نعم،، يمكن الفرق في بعض الآثار الوضعية المترتبة على ذات المعصية، كالفسق إن قلنا بتحقيقه بمجرد المخالفة لله تعالى، ولو في حكم ظاهري فتأمل.

قوله ﷺ: «ثم أنه لا إشكال في أن كلاً من طلب العلم وطلب الرزق منقسم إلى الأقسام الأربعة أو الخمسة...»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا إنما هو حكمها في صورة المزامعة، ولكن بقي الكلام في مورد التعارض، وهو أنما يكون بين ما دلّ على حرمة إلقاء الإنسان كله على الناس، وعدم جواز أكله من وجوه الزكاة وردّ المظالم والأخماس، مع تمكنه من الاكتساب، فيجبُ تحصيل الرزق على كلّ متمكّن من الكسب مقدّمةً للتجنب عن المذكورات، وبين ما دلّ على عدم لزوم الاكتساب على طالب العلم، لأنّ الله تبارك وتعالى ضمن رزقه بنفسه، وأمر الأرض أن ترزقه بلا مشقة، فتعارض الدليلين بالعموم والخصوص، فيخصّص الأول بالثاني، ولذا نقول بجواز أكل الطالب من هذه الوجوه مع كونه قادراً على الكسب، وإلا فكيف يصحّ نفي الإشكال عن الصورة التي ذكرها المصنّف بقوله: «ورُبّ ما يحصلُ بالاشتغال» الخ.

\*\*\*

کتاب الحیاتیات



## إفي بيان الفرق بين الحق والحكم

قوله ﷺ: «ولعلّ التعبير بالملك للتنبية على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام»<sup>(١)</sup>.

أقول: الفرق بين الحكم والحق أنّ الحكم عبارة عن الالتزامات والالتزامات والترخيصات الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين، فلا يصح أن يحمل على شيء خارجي، متأصلاً كان أو غير متأصل، ولا يتقوم الحكم في الخارج إلا بوجود المكلف، لأنّه بيان لآدابه في أفعاله، فلا يتحقّق إلاّ به، وهذا بخلاف الحقّ فإنّه قسم من الجدة والملك، نظير المال، بل هو هو بوجهٍ واعتبار، بمعنى أنّه مرتبة ضعيفة من الملكية ليست بحيث توجب جواز التصرف في متعلّقه، أو منع الغير من التصرف فيه تصرفاً مطلقاً، كما في الملك المطلق، بل المترتب عليه أنّما هو بعض الآثار بقدر ما تقتضيه تلك المرتبة، فالحقّ عبارة عن المرتبة الضعيفة من الملكية المتحقّقة في متعلّقه مضافة إلى ذي الحقّ إضافة المملوك إلى مالكة، فتحققها غير متوقّف على وجود



المضاف إليه، بل المتوقّف عليه أنّما هو المتعلّق لكونه محمولاً عليه. نعم، إضافته إليه فرعٌ وجوده كالمال بعينه، فكما أنّ المال في حدّ ذاته موجودٌ خارجيّ غير متوقّف على وجود زيد مثلاً، وأنّما المتوقّف عليه إضافته إليه، فكذا في الحقوق ماليّة كانت أو غير ماليّة.

والحاصل: أنّ الحقوق أمورٌ واقعيّةٌ موجبةٌ لسلطنة صاحبها على التصرف في متعلّقها بمقدار اقتضاءها، وليس وجود أشخاص المالكين من مقومات وجودها، ولذا يقبل الانتقال والاسقاط والتّوريث. نعم، الحقيقة كالملكيّة متوقّفة على وجود المالك لكونها من الإضافات، وهي لا تتحقّق بدون المضاف إليه دون ذات الحقّ والمملك، فافهم.

إذا عرفت ذلك علمت أنّ الإجازة والرّد من آثار سلطنة المالك على ماله، وعدم جواز تصرف الغير فيه من دون رضاه، وجواز تصرفه فيه مطلقاً، ومنع الغير عن التصرف فيه، لا أنّه انتقل المال عنه حقيقة بعقد الفضولي، إلّا أنّه للمالك حقّ الاسترداد، كما لا يخفى، إذ لا أثر لعقد الفضولي في الانتقال الحقيقي لا شرعاً ولا عرفاً، فالملك باقٍ على ملكه، والإجازة والرّد أنّما يقع على التأثير المسبّب عنها أنّما هو من أجل سلطنته التامّة.

وأما التسلّط على الفسخ في العقود الجائزة، فكونه حكماً لا حقّاً ففيه تأملٌ. نظراً إلى ما أفاده سيّد مشايخنا - أدامه الله - من عدم كون الخواصّ من الخواصّ الشاملة ولو بملاحظة مجموعها، فيمكن أن يوجد حقٌّ معري عن تلك الخواصّ بأجمعها، فثمرة الخواصّ المذكورة أنّما هي في كلّ مورد يوجد شيء منها، فيعلم منه عدم كونه حكماً، وأمّا ما لا يوجد فيه شيء منها فلا يُحكم بكونه حكماً، وسيجيء توضيح المرام وتحقيق الكلام في مظانّها إن شاء الله.

## [أدلة أصل لزوم المعاملات]

قوله : «منها: قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾...»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد ناقش في الاستدلال بها سيّد مشايخنا أدامه الله بما ملّخصه:  
أنّ الوفاء بالعقد عبارة عن الإقامة بحدوده، والالتزام بترتيب الآثار المرتبة عليه، وأنّه وفي بأمر فلان أي أتمّه على ما ينبغي، ولا ريب أنّ تحقّق الوفاء إنّما يتوقّف على بقاء متعلّقه، أعني العقد حال الوفاء، ولو باعتبار آثاره، لا بملاحظة نفس الفعل الخارجي أعني العقد اللفظي، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء ما لم يكن العقد - أعني التعهّد - ثابتاً، فالوفاء في مقابل النّقض، فهو عبارة عن مخالفة التّعهّد، والعمل على خلاف ما التزمه على نفسه، فكلُّ من الوفاء والنّقض يتوقّف صدقه على ثبوت التّزام وتعهّد حتى يكون العمل على خلافه نقضاً ووفقه وفاءً.

وحينئذٍ نقول: إنّ بقاء العقد الذي هو عبارة عن الالتزام والتّعهّد بعد الفسخ الذي شكّ في تأثيره غير معلوم، فلا يصحّ الاستدلال بالآية لوجوب الوفاء به،

لعدم احراز الموضوع.

توضيحه: أن الفسخ كالأقالة ليس نقضاً للعقد، بل بهما ينحل العقد ويرتفع الالتزام والتعهد من البين، فلا يعدُّ العمل على وفق مضمون العقد، بل الإقالة وفاء للعقد ولا العمل على خلافه نقضاً، لأن الإقالة نزلته منزلة عدم، وجعلته كأن لم يكن شيئاً مذكوراً. فعلى هذا يرجع الشك في تأثير الفسخ إلى الشك في بقاء العقد بعد الفسخ حتى تكون التصرفات اللاحقة نقضاً، ومعلوم أنه لا يصح التمسك بالآية على هذا التقدير لوجوب الوفاء، لعدم احراز موضوعه.

اللهم إلا أن يتمسك بالاستصحاب لاحراز الموضوع، فيترتب عليه الحكم بمقتضى الآية، ولكنه بعد تسليم الاستصحاب وعدم المناقشة بما لعله سيحيى.

نقول: إن هذا خارج عما نحن بصدده، أعني إثبات لزوم بمجرد الآية. هذا، ولكن الإنصاف صحة الاستدلال بها، وعدم ورود المناقشة المذكورة عليها، بل هي من أقوى الأدلة في الباب وعمدتها، وعليها تدور رحي المعاملات في أغلب أبوابها وأكثر أحكامها.

وأما رفع المناقشة فلا لأجل الالتزام بصدق النقص في جميع الموارد، حتى في مثل الإقالة والتصرفات المتعقبة للفسخ، فتكون أدلة جوازها مخصصة للآية، ويرجع في موارد الشك إلى العموم، لأنه مع كونه في حد ذاته بعيداً، خلاف ظاهر النقص الذي هو بظاهره ضد الوفاء، فإن النقص وإن كان قد يستعمل في رفع الأمر الثابت، إلا أنه مجاز بعيد، وظاهره قطع الشيء المستمر، ورفع الهيئة الاتصالية عن الشيء المتصل، وإطلاقه في العهد والميثاق لتشبيهه بالحبل في الاستمرار والاستحكام، فهو من نقض الحبل أي قطعه لا رفعه، فارادة رفع موضوع العهد من البين لا نقض آثاره بعيد من هذا اللفظ، وكذا الوفاء الذي هو مقابله، بل إطلاق الوفاء على إبقاء نفس العهد، لا إرادة العمل على مقتضاه، وترتيب الآثار على وفقه أبعد من إطلاق النقص على الرفع، لما قد يتصور من العلاقة فيما بين الأخيرين دون

الأولين. وعلى هذا فالالتزام بالاشكال أسهل من الالتزام بصدق النقص في الموارد المذكورة، ولكنما يدفعه الفارق بين الموارد ضرورة أن صدق الوفاء والنقص منوط بنظر العرف، وإن كان نفس التوقف واقعياً، بمعنى أننا نلتزم بتوقف الصدق المزبور على بقاء العقد بملاحظة آثارها. إلا أن نقول إن البقاء والارتفاع إنما هو بنظر العرف لا بحكم الشارع، وتنزيله منزلة المعدوم فإن هذا لا يوجب خروج المورد عن صدق اسم النقص، مثلاً لو تعاقد زيد وعمرو على أن يتكفل زيد نفقة عمرو على أن يقيم عمرو بخدمته إلى مضي سنة، فلو لم يفعل أحدهما ما تقبله ورجع عن كلامه قبل انقضاء المدة وقال إنني أبطلت الالتزام ورجعت عن الكلام الذي بنيت عليه، فلا إشكال في صدق النقص عليه في نظر العرف، ضرورة أن رجوع أحد المتعاهدين عن التعهد غير موجب لانتهاء المعاهدة والالتزام رأساً من دون امضاء الآخر، إذ الانتهاء بدون الإقالة من الطرفين، بل باختيار كل منهما منافٍ للزوم المعتبر في ماهية الالتزام.

وكيف كان، فلا إشكال ولا تأمل في أن أهل العرف يحكمون بأن هذا الشخص نقض عهده ولم يَفِ به، وعلى هذا فلو قال الشارع «يجب عليكم الوفاء بعهدكم ويحرم عليكم نقضه» يشمل لمثل هذا الفعل، نعم، لو قال الشارع أن فسخ زيد مؤثر مثلاً، معناه أن رجوع زيد عن التزامه ممضي بحكمه، ومعنى امضائه أنه مؤثر في رفع العقد، وهذا لا يقتضي إلا صيرورة العقد كلاً عقد، ويتفرع عليه عدم صدق النقص على التصرفات اللاحقة للفسخ، وأما نفس الفسخ والرجوع الذي هو كان نقضاً قبل حكم الشارع فلا يؤثر الحكم فيه في شيء، بأن يجعله لا نقض، بل لا يعقل التأثير فيه، حيث أن الحكم من عوارض هذا الفعل الخارجي الذي هو نقض ذاتاً، فكيف يؤثر الحكم في انقلاب الموضوع عما هو عليه.

هذا كله مع أن نفي صدق النقص على الإقالة أيضاً محل تأمل، بل منع، إذ النقص عند العرف ليس إلا الرجوع عن كلامه بملاحظة ترتيب الآثار عليه، وهذا

المعنى 'موجود في الإقالة أيضاً'. غاية الأمر أنّها نقضٌ مجوّزٌ عند العرف، لكونه ناشئاً عن تراضي الطرفين، فكأنّه بمنزلة معاهدة مستأنفة عندهم كسائر معاملاتهم، وقد أمضاها الشارع.

وبما ذكرنا ظهر لك الجواب عن النّقض بالتصرّفات اللاحقة للفسخ والإقالة، حيث أنّ الالتزام بكونها نقوضاً جائزة بين الفساد.

توضيح الجواب: أنّ الإقالة بنفسها وإن كانت نقضاً، إلّا أنّ معنى إمضاها وتأثيرها جعلها سبباً لارتفاع موضوع العقد، وصيرورته كأن لم يكن، فلا يتحقّق بعد ذلك نقضٌ أبداً.

ثم أنّ ما ذكرنا من الإشكال في صدق النّقض، من كونه ظاهراً في قطع الأمر المستمرّ لكونه من نقض الحبل.

ففيه: أنّه مسلّم، ولكنّه لا ينافي صدق النّقض على الإقالة كالفسخ، لكونها رافعة للاستمرار الذي هو مقتضى العقد، فيكون بمنزلة القاطع بالإقالة، حيث أنّ العقد اقتضى الالتزام بمتعلّقه إلى مضيّ سنة وقد انقطع بالإقالة.

نعم، إطلاق النّقض عليه بعد ارتفاع الالتزام بنفسها بانقضاء المدّة خلاف الظاهر المتبادر كما أشرنا إليه.

ومن هذا ظهر لك أنّ إبقاء العقد أيضاً وفاء بالعقد، إذ ليس معنى الإبقاء إلّا الالتزام بآثاره، وإلّا فنفس العقد الواقع ليس قابلاً للإبقاء والارتفاع، فافهم.

قوله ﷺ: «ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾»<sup>(١)</sup>.

أقول: إنّ الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات لزوم البيع لا يخلو عن إشكال،

لعدم كونها مسوقةً لبيان شرائط البيع وكيفياته، وليس لها إطلاق أحوالي حتى يتمسك بها في موارده، بل هي مسوقة لبيان حلية ذات البيع، بمعنى تأثيره في النقل والانتقال شرعاً في مقابل حرمة الربا، كما في قولك «أحل الله الغنم وحرّم الخنزير»، ومن المعلوم أنّ قولك هذا غير معارضٍ لقولك في مقام آخر «أنّ أكل مال الغير حرامٌ مطلقاً غنماً كان أم غير غنم».

ووجه عدم المعارضة: ما ذكرنا من عدم كون الإطلاق في الكلام ناظراً إلى شرائط الأكل من التذكية وكونه مملوكاً وغير ذلك، وقد ذكرنا تمام الكلام في هذا المقام في مبحث المعاطات، فراجع.

ومما ذكرنا ظهر لك ضعف الاستدلال لما نحن فيه بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup>، نعم الاستدلال بالمستثنى منه أعني قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ لا يخلو عن وجه، ولكن في الموارد التي يقطع بصدق الباطل عليها عرفاً، وأما في الموارد التي يشك فيها أهل العرف في صدق الباطل عليها، كما لو علم بأنه لو لم يأكل مال الغير لترتب عليه الضرر مثلاً، فإنّ أكل المال في هذه الصورة - مع التزامه بتداركه - غير معلوم صدق الباطل عليه عرفاً.

وكيف كان، فالاستدلال بهذه الآية أنّما يتم في غير الموارد التي شك في صدق الباطل عليها عرفاً، وأما فيها فلا، للشك في تحقق الموضوع كما لا يخفى.

قوله: «ومما ذكرنا يظهر لك وجه الاستدلال بقوله ﷺ «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ»<sup>(٢)</sup> (٣).

أقول: الاستدلال بها واضح، ولكنه أنّما يثمر في العقود المشتملة على التمليك

١ - سورة النساء: آية ٢٩.

٢ - عوالي اللآلي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.

٣ - كتاب المكاسب: ٢١٥ سطر ٣٠.

الفعلي، وأمّا في مثل الجعالة والمساابقة وغيرها فلا، بل وكذا الإجارة المتعلقة بالأعمال، إلّا أن يلتزم بأنّ العمل أيضاً مالٌ، أو يتمسك بعدم القول بالفصل بين موارد الإجارة، ولا يخفى أنّ صحّة الاستدلال بها في مثل عقد الإجارة أمّا هو بعد صيرورة الإجارة ملكاً له.

وعلى هذا، فإن قلنا بأنّه يملك بمجرد العقد، كما هو الظاهر فلا إشكال. وإن قلنا بأنّ الملكية أمّا تحصل بعد إتمام العمل، فيشكل الاستدلال بها قبل الإتمام، ومثل هذه الرواية في الدلالة قوله: «النّاس مُسلّطون على أموالهم»، فافهم.

قوله ﷺ: «لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية...»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا مخالف لما ذكره ﷺ في مبحث المعاطات، من أنّ الشرط لغةً مطلق الالتزام، فراجع.

وقد يتوهم: صحّة الاستدلال بها على اللزوم، بعد تسليم كونه حقيقةً في خصوص الالتزامات الضمنية بدعوى الأولوية. وفيه: أنّها ممنوعة، ولعلّ التساوي أيضاً غير مسلم.

كما أنّه قد يتوهم: أنّ لزوم الشرط يستتبع لزوم المشروط، إذ لا يعقل جواز البيع مع لزوم الشرط المتحقّق في ضمنه، فيتمّ القول باللزوم في كلّ من أنواع المعاملات، أمّا في فاقد الشرط فلعدم القول بالفصل، وفي واجده فلعدم معقولية التفكيك.

وهذا التوهم أيضاً فاسدٌ، حيث أنّ الحكم لا يتخطّى عن موضوعه، فوجوب الوفاء بالشرط أمّا هو مادام الشرط محققاً بصفة الشرطيّة، وهذا المعنى لا يُنافي

جواز العقد، فما دام العقدُ باقياً يجبُ الوفاء بالشروط، وبعدما انتفى العقد لم يبق شرطٌ حتّى يجبُ الوفاء به، مثلاً لو جعل المتعاقدان في عقد الإجارة خيار الفسخ لكلّ منهما، ومع ذلك شرطُ المُوَجَّر على المستأجر أن يؤدّي ثمن الإجارة على قسط الشهور، فنقول إنّ الشرط لازمٌ والوفاء عليه واجبٌ، بمعنى أنّه يجب عليه الاداء بقسط كل شهر على مقتضى الشرط، ما لم يختَر لنفسه فسخ العقد، فما دام العقدُ باقياً يجبُ عليه الوفاء بالشرط، وبعدما اختار الفسخ يرتفع، لكنّه لا لقصورٍ في الوجوب، بل لارتفاع موضوع الواجب.

نعم، يمكن الاستدلال بها بتقريب آخر بأن يقال إنّنا نقطعُ بعدم مدخليّته الضمنيّة في لزوم الوفاء، وأنما المناسب للحكم الذي يصلح لأن يكون موضوعاً هو نفس الالتزام، من دون مدخليّة كونه في ضمن الغير في ذلك فتأمل<sup>(١)</sup>.

قوله: «فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم فتأمل»<sup>(٢)</sup>.

أقول: ولعلّ الأمر بالتأمل إشارة إلى ما قرّره في الأصول من جواز استصحاب الكلّي في مثل المقام، أعني ممّا شك في بقاء الكلّي في ضمن فردٍ آخر غير الفرد المعلوم زواله، وهذا الفرد وإن كان مشكوك التحقق من أوّل الأمر أيضاً، إلّا أنّ الشكّ فيه ولو في أصل وجوده غيرُ مانع عن استصحاب الكلّي، لأنّه من حيث هو كان متيقّناً في السّابق ومشكوكاً في اللاحق فيستصحب، ويترتب عليه آثار نفس الكلّي دون الفرد.

اللّهم إلّا أن يقال بأنّه شكٌّ في المقتضي دون الرّافع، فلا يصحّ استصحابه على ما هو التحقيق فتأمل.

١ - وجه التأمل أنّه كيف يحصل القطع بعدم مدخليّته الضمنيّة في الحكم، وأنّ المناط نفس الالتزام، مع إمكان التبعيّة بما هي منشأ لذلك، كما لا يخفى على المتأمل.

٢ - كتاب المكاسب: ٢١٦ سطر ١١.



## [في خيار المجلس]

قوله ﷺ: «وهل يثبت لهما مطلقاً، خلاف...»<sup>(١)</sup>.

أقول: الأقوى هو التفصيل بين أقسام الوكيل، كما حققه المصنف، فالوكيل كما ذكره على ثلاثة أقسام لأنه:

إمّا أن يكون وكيلاً في مجرد اجراء صيغة العقد.

وامّا أن يكون وكيلاً في خصوص المعاملة الشخصية، كأن وكله في شراء عبد من ماله، فعلى هذا لا يكون مأذوناً في التصرف في ماله إلا على النحو الخاص.

وامّا أن يكون وكيلاً مطلقاً في التصرف في أمواله، مطلقاً أو مالٍ خاصٍ مطلقاً، بأن يكون له التصرف في المال المخصوص بأنواع التصرفات والتقلبات فيه وفي أبداله وهكذا، كما هو الشأن في عمال التجار.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا إشكال ولا تأمل في نفي الخيار للقسم الأول من الوكلاء، لأن المتبادر من النص غيرها، فإن لفظ «البيعان» ولو سلّم كونه حقيقة في

الوكيلين في اجراء الصيغة، كما يساعد عليه اسناد لفظ البيع إلى نفسه بقوله «بعث»، إلا أنه منصرف عنها لا لأجل الغلبة كما زعم، بل لعدم ملحوظية فعلهما في نظر العرف، وعدم كونهما عندهم إلا كلساني الموكلين، فليس لهما من حيث هما فعل بنظر العرف، والبيع الصادر عنها بملاحظة نفسها مُنزَل منزلة العدم، ولذا لو قيل إن فلاناً باع داراً واشترى عبداً لا ينسبُ إلى الذهن أنه أجرى صيغة البيع، بل لو كان المقصود منه ذلك لكان كلاماً مضحكاً.

وكيف كان، فلا إشكال في حكم هذه الصورة، بل لا ينبغي الإشكال في نفي الخيار للوكيل في القسم الثاني أيضاً، فإن لفظ «البيعان» وإن كان صادقاً عليهما، غير منصرفٍ عنها بحسب العرف واللغة، إلا أن الظاهر من اطلاقات أدلة الخيار في جميع الأبواب كلها أنها ناظرة إلى أدلة وجوب الوفاء، فيثبت الخيار لمن يجب عليه الوفاء لولا دليل الخيار، ومن المعلوم أن الأمر بالوفاء لا يحسن توجهه إلا على من له شأية الوفاء، وهو ليس إلا المالك أو من يقوم مقامه من الولي أو الوكيل المطلق، لأنه هو الذي لولا عليه وجوب الوفاء لكان له الرد والإمضاء، وأما الأجنبي الذي لا ربط له بالمال، ولا يجوز له التصرف فيه، فلا يحسن أن يقال له «أوف بالعقد الفلاني»، فكما أن المأمورين بالوفاء هم الملاك أو من يقوم مقامهم، كذلك المرخصين في إبطال العقد أيضاً هم الملاك أو من يقوم مقامهم، لظهور نفس الترخيص في ذلك.

هذا، مع أن المناسبة بين الحكم وموضوعه، وكون حكمة الحكيم إرفاقاً للمالك، وبعد تسليطه الأجنبي على التصرف في مال الغير من دون اذنه المنافي لحكمة الحكيم، كلها قرينة على قصر الحكم في المالك، أو من يكون منزلاً منزلة المالك، مضافاً إلى اقتران خيار المجلس في بعض التصوص بخيار الحيوان، المعبر عن صاحب الخيار فيه في بعض نصوصها بصاحب الحيوان، وهذا أصدق شاهد على أن المراد من «البيعان» من بيده زمان البيع عقداً وحلاً، لا من لا يكون مأذوناً إلا في

خصوص البيع.

توضيحه: أنا نعلم أن صاحب الحق في كلا الخيارين موضوع واحد، وقد عبر عنه في بعض الأخبار بصاحب الحيوان، وهذا وإن كان مقتضى الجمود على ظاهره نفي الخيار عن غير المالك، إلا أن إطلاقه على من بيده اختيار الحيوان شائع، فليس ظهوره بحيث يوجب صرف صدر الرواية عن ظاهرها، خصوصاً بعد اعتضاها بالقرائن المقتضية للتعميم، بالنسبة إلى الولي والوكيل المطلق.

وهذا بخلاف من لا يكون مأذوناً إلا في خصوص بيع الحيوان، فإن إطلاق الصاحب عليه بعيد.

ومما يشهد أيضاً على اختصاص الخيار بغير الوكيل في الصورتين الأوليين، مُصَحَّحَةُ عمر بن يزيد:

قال رسول الله ﷺ: «إِذَا التَّاجِرَانِ صَدَقَا بُورِكَ لهُمَا، فَإِذَا كَذَبَا وَخَانَا لَمْ يُبَارَكْ لهُمَا، وَهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا»<sup>(١)</sup>.

ضرورة عدم صدق التاجر على القسم الأول من الوكيل بل الثاني أيضاً، وهذا بخلاف الوكيل المستقل كالعالم في البلاد الثائية، مضافاً إلى أن الدعاء الذي دعا به لهما غير مناسب بالنسبة إلى موقعي الصيغة، وكذا الوكيل في خصوص الشراء أو البيع، لأن الدعاء المذكور هو بملاحظة أثره، لا بملاحظة نفس الإنشاء للنقل، كما لا يخفى.

ولذا قد يستشكل استعمالها بالنسبة إلى الوكيل المطلق أيضاً، إلا أنه يهون الأمر كثرة استعمالها عرفاً في المعاملات الصادرة عن الوكلاء المستقلين، ولو مع علمهم بكونه وكيلاً. ولعل السر فيه استقلاله في الأمر في بادئ النظر، فهو مُنزَلُ منزلة من يبيع لنفسه، أو بملاحظة نفس الموكل، فالتهنئة راجعة إليه.

وكيف كان، فتوجه الدعاء إليه صورة غير مستهجن عرفاً، وعلى هذا فليس ظهوره في إرادة خصوص المالك ممّا يوجب صرف لفظ «التّاجران» عن ظاهره، وعلى هذا فلا بدّ أمّا من صرف لفظ «التّاجر» عن ظاهره، وحمله على موقع الصّيغة، أو صرف البيع عن ظاهره، بناءً على كونه مجازاً في غير مُنشئ التّقل كما هو الظّاهر، ولا شبهة أنّ الثّاني هو المتعيّن في مقام التّرجيح لشيوعه بخلاف الأوّل.

وأما وجوب الحمل فليس لأجل التّعارض بين الكلامين، لعدم المعارضة في البين، إذ لا نقول بالمفهوم فيها، بل لما نعلم من الخارج من أنّ المقصود في كليهما شيء واحد، وأنّما الاختلاف في التّعبير.

وأما القسم الثّالث من الوكلاء فالظّاهر أنّه لا إشكال في ثبوت الخيار لهم، لصدق «البيعان» عليهما بلا تأمل وريب وكذا «التّاجران»، وعدم اقتضاء شيء ممّا ذكرنا من القرائن في القسمين الأوّلين لصرف اللفظ عن ظاهره كما لا يخفى، إذ العمدة فيها كون تسلّطها على الفسخ من دون اذن المالك، منافياً لسلطنة المالك، واقتضاء مناط الحكم - أعني الإرفاق بالمالك - نفيه بالنسبة إليهما، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّه ممّا يؤكّد سلطنة المالك، لكونه منصوباً من قبله، وقد أعطاه المالك هذا التّحو من السلطنة، لأنّه جعله بمنزلة نفسه، فكلّ حكم حمل عليه أمّا يتسرّى إلى المالك بسببه، فالخيار المجعول له كأنّه مجعول للمالك كما لا يخفى، هذا حال الوكيل بأقسامه.

وأما الموكل: فهل يثبت له الخيار أم لا؟ وجوه ثلثها التّفصيل بين ما إذا كان حاضراً في مجلس العقد أو لم يكن، ولعلّ هذا الوجه أوجهها، كما اختاره المصنّف.

وأما وجه الثّني مطلقاً، فلأجل الإقتصار في الخروج عن ظاهر الرّواية على القدر المتيقّن الثّابت الذي يقتضيها القرائن، إذ لفظ «البيعان» حقيقة في موقع البيع، فالمالك الذي لا يوقع البيع، بل يكلّ أمر البيع إلى غيره خارج عن مصداق الرّواية، فالرّواية بعد قيام القرينة على خروج القسمين الأوّلين عن تحتها لا تدلّ إلّا على ثبوت الخيار لمن هو متصدّد للبيع ومختار في أمره، سواء كان مالكاً أو وليّاً أو وكيلاً،

فالخيارُ إنما يثبتُ للعاقِد المختار، دون العاقِد الغير المختار، أو المختار الغير العاقِد. وفيه: ما ذكرنا من أنَّ المراد من «البيعان» هما المالكان، أو من ينوب مناهما، لا العاقِد بما هو عاقِد، وإطلاق البائع على المالك وإن كان مجازاً، إلاَّ أنَّه شائعٌ جداً، بحيثُ يتوهمُ كونه حقيقة فيه، وذلك لتقوم حقيقة البيع بملاحظة الأثر بفعله دون العاقِد، ولذا يعدُّ العاقِد في نظر العرف كالأجنبي، وهو ليس إلاَّ بمنزلة الآلة له، فحقيقة البيع وإن كان صادراً عن الوكيل، إلاَّ أنَّ تأثيره من فعل الموكل، والملاحظ من العقد أنَّما هو أثره، ولذا لا يعبأون بفعل الوكيل ويستندون العقد إلى الموكل مسامحةً، فهذا مجاز شائعٌ لو لم تقل بكونه راجحاً، فيكفي في صرف اللفظ عن ظاهره أدنى قرينة، فكيفَ والقرائن الحالية والمقالية فيما نحن فيه في غاية القوة، ولا ينافي هذا إطلاقه بهذا المعنى على الوكيل المستقل، لأنَّه بمنزلة نفس المالك، واستناد الفعل إليه أنَّما هو بملاحظة ظهور الأثر منه، حيثُ أنَّه بمنزلة المرأة للمالك، وفعله فعل المالك بالتسبيب.

وقد ظهر لك ممَّا ذكرنا أنَّ إطلاق البائع على المالك مجازٌ في الكلمة لا في الاسناد، حتَّى يكون لفظ البائع بمعناه الحقيقي أي العاقِد، ويكون اسناده إليه باعتبار كونه مسبباً عن اذنه وامضائه.

وكيف كان، ففقتضى ما ذكرنا ثبوت الخيار للموكل في الجملة، ولو لم يكن عاقداً، وأمَّا ثبوته له مطلقاً، ولو لم يكن حاضراً في المجلس، فينبغي اعتباره الاجتماع للبيع المستفاد من جعل الافتراق غايةً للخيار.

ودعوى: أولويته من وكيله المستقل الثابت له الخيار بظاهر النص، مراعاةً لحقِّ المالك، فنفسه أولى بهذا الحكم.

ممنوعة: لاحتمال مدخلية نفس الاجتماع في الحكم، كما يشعر به جعل الافتراق غايةً له، وعلى هذا، فأوجه الوجوه ثالثها.

اللهم إلاَّ أن يقال، بعد تسليم صدق «البيعان» عليهما يمكن استناد المجلس،

وكذا الاجتماع والافتراق إليهما بنحو من المسامحة، وتنزيل الوكيلين منزلتهما لكونهما بمنزلة الجسد لهما فيثبت لهما الخيار ما دام وكيلهما حينئذٍ مجتمعين وينقضي بافتراقهما، وعلى هذا فلا داعي لصرف الكلام عن ظاهره الذي يقتضي عموم ثبوت الخيار. وفيه: أن إضافة المجلس إليهما وإن كان غير منكر عرفاً بنحو من الاعتبار، فيقال أنه مجلس عقدتهما، إلا أنه لا يلزم صحة نسبة الاجتماع والافتراق إلى نفسيهما، كما هو ظاهر القضية.

ودعوى: تنزيل الوكيلين منزلة نفسيهما فيكون من قبيل الاستعارة على مذهب السكاكي، أو تعميم الافتراق بحيث يشمل اجتماع الوكيلين، مضعفة بأنه لا شاهد لهما، مع أنها في حد ذاتها مسامحة بعيدة لا تساعد عليها اطلاقات العرف، وادعاء اقتضاء القرائن الناهضة لصرف البيع عن ظاهره لذلك، غير مسموع بعدما تراجع وجداننا ولا نرى لهذا المعنى انسباقاً في أذهاننا أبداً، مع أن القرائن مركوزة فيها، وهذا بخلاف اطلاق البائع على من لا يتحقق أثر البيع إلا بفعله، فإنه كثيراً ما ينسب إلى الذهن حال اطلاق البائع، لاحتفافه غالباً بالقرائن الحالية، ولذا نقول بالحنث فيما لو حلف أن لا يبيع داره وباعها وكيله.

وكيف كان، فالظاهر عدم الخيار للمالكين، إلا إذا كانا حاضرين في المجلس، وينبغي أن يقيد الحضور بما إذا كان لأجل البيع لا مطلقاً ولو كان اتفاقياً، لأن ظاهر قوله ﷺ «إذا افترقا» أي افترقا عن حالة اجتماعهما البيعي، ولا يلزم مما ذكرنا ارتكاب خلاف الظاهر في لفظ «البيعان»، لأن ظهور الافتراق في معناه الحقيقي مقدم على ظهور «البيعان» في إفادة العموم، لصيرورته من قيود الكلام الذي يقيد به الموضوع، إذ لا ظهور له قبل تمامية الكلام، وبعد ملاحظة القيد لم يظهر إلا في المقيّد، فظهور القيد حاكم على ظهور المقيّد الذي لا يكون إلا ظهوراً بدوياً، فافهم.

وقد ظهر لك أن الأقوى ثبوت الخيار للمالكين، إذا كانا حاضرين في المجلس، وكذا الوكيلين المستقلين، فحكمهما حكم المالكين، بمعنى أنه لو كانا هما العاقلين

فالخيار لهما أيضاً، ولو وكلاً ثالثاً فلهما الخيار بشرط الحضور، وفي الثالث أيضاً يُرعى الاستقلال وعدمه، وهكذا.

إذا عرفت ذلك، عَلِمَتْ أَنَّهُ يمكن أن يثبت في عقد واحدٍ خيارٌ لأشخاص متعدّدة في طرف واحد وفي الطرفين، وعلى هذا فهل يسقط ذلك الخيار رأساً بالنسبة إلى جميع الأشخاص الواقعة في طرف واحدٍ باسقاط بعض، بأن يقول «أسقطت الخيار» أو نحوه، كما أَنَّهُ ينفسخ بانفساخه أم لا يسقط إلا بالنسبة إلى نفسه، لأنّه حقٌّ قائمٌ بمتعدّدٍ، فلا يسقط باسقاط البعض، فلآخر الأخذ بالخيار وفسخ العقد؟ وجهان:

أقواهما الأول، لكونه حقّاً واحداً، وقيامه بأشخاص متعدّدة ليس على سبيل التوارث بحيث يكون كلّ منها ذا حقٍّ في عرض الآخر، فالخيار أولاً وبالذات قائمٌ بالموكّل، وثبوته للموكّل باعتبار تنزله منزلة الموكّل، فإذا أسقط الوكيل خياره فقد أسقط خيار الموكّل نيابةً، وليس له من حيث نفسه خيارٌ حتّى يبقى خيار الموكّل بحاله كما لا يخفى.

وهل يسقط الخيار بتفرّق بعض دون بعض، أم لا يسقط إلا بالنسبة إلى المتفرّق دون الباقي، فلو بقي من كلّ من الطرفين واحدٌ فلهما الخيار؟ وجهان:

أوجهها الثاني، إذ بعد تسليم صدق البائع على الباقي لا يرتفع خياره إلا بتفرّق نفسه، ولا يؤثّر في سقوط خياره ذهاب موكّله أو وكيله، إذ كما لا يؤثّر حضور الغير في ثبوت الخيار بالنسبة إلى الشخص الباقي نفيّاً وإثباتاً، كذلك لا يؤثّر ذهابه في استمرار الخيار بالنسبة إليه، فحاله بالنسبة إليه من هذه الجهة إلا كحال شخص أجنبيّ.

ولا يقاس هذا بالفرع السابق، أعني مسألة ما لو أسقط بعضهم خيار الفسخ، ضرورة أن الأخذ بالخيار، أو اسقاط الخيار في عقد واحد أمرٌ بسيطٌ وحدانيٌّ وقد كان كلّ من الموكّل والوكيل قادراً على إيجاد كسائر التصرفات المتعلقة بمتعلّق

الوكالة، وبعد تصرّف كلّ منهما في المتعلّق لم يبق موضوع لتصرّف الآخر.  
وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المفروض فيه جواز تصرّف كلّ منهما في الحقّ  
الخيارى، وبعد تفرّق كلّ منهما يتحقّق غاية الاختيار بالنسبة إليه، وأمّا بالنسبة إلى  
الآخر فلا.

اللهم إلّا أن يدلّ تفرّقه على رضائه بالعقد ولزومه، وقلنا بكفايته في لزوم  
العقد، فعلى هذا يكون تفرّق كلّ منهما بمنزلة الإسقاط، ولكنّه بعد تسليم المقدّمات لا  
يضرّ هذا لما نحن في مقام بيانه، أعني عدم سقوط خيار البعض بتفرّق الآخر من  
حيث صدق الافتراق، وأمّا سقوطها من جهة أخرى فليبانها مقام آخر، سننعرّض  
إن شاء الله له.





## [في المستثنيات عن خيار المجلس]

قوله ﷺ: «وقد يستثنى بعض أشخاص المبيع من عموم [ثبوت] هذا الخيار، منها من يعتق على أحد المتبايعين»<sup>(١)</sup>.

أقول: تحقيق المسألة يتوقف على رسم مقدمات:

الأولى: أنه قد تقرّر في محلّه أنّ الأخذ بالخيار إنّما يؤثر الفسخ من حينه لا من أصله، فلا يكون دليله حاكماً على الأدلة الدالة على نفوذ التصرفات السابقة ومضيتها شرعاً.

الثانية: أنّ متعلّق الخيار إنّما هو عقد البيع لا نفس المبيع، حتّى يقال إنّ لكلّ منها حقّاً فيما انتقل إلى الآخر، فله الأخذ بحقه، أعني السلطنة على إرجاعه إلى المملّكية أينما وجدت العين، سواء كانت العين باقية على ملك الآخر أو منتقلة إلى ثالثٍ ما لم يعلم زوال الحقّ بأحد المسقطات، وهذا بخلاف ما لو كان متعلّقه نفس العقد، فإنّ معنى الخيار حينئذٍ أنّ له حلّ العقد وإزالة أثره، والدليل عليه قوله ﷺ:

«البَّيعان بالخيار»<sup>(١)</sup> ونظائره، لظهورها أنّها بالخيار في البيع لا في المبيع.

الثالثة: أنّه لا معنى لتعلّق الخيار بالعقد إلّا بملاحظة آثاره، ضرورة عدم صلاحية نفس العقد من حيث هي للارتفاع، إذ لا ينفكّ الشيء عمّا وقع عليه، فعنّ فسخه رفع اليد عن آثاره، وتنزيل العقد منزلة العدم، أمّا في أصله أو في زمان الفسخ على نحو ما قرّره الشارع.

الرابعة: أنّ العقد الصّادر عن أهله في محله سبب تامّ لحصول الملكية، من دون توقّفه على انقضاء زمان الخيار، كما تقرّر في محله.

إذا عرفت هذه المقدّمات، علمت أنّ متعلّق الخيار لا يكون إلّا العقد المؤثّر، لما ذكرنا من أنّ الفسخ عبارة عن رفع اليد عن أثر العقد، ومعلوم أنّ ثبوت الخيار فرع صلاحية المحلّ، بمعنى أنّ قدرته على الفسخ فرع إمكان الفسخ، وقد مرّ أنّ الفسخ لا يعقل إلّا بعد حصول الأثر في الجملة، فترتبة الخيار متأخّرة عن الأثر لكونه مأخوذاً في موضوعه، وقد ذكرنا في المقدّمة الرابعة أنّ الملكية من آثار نفس العقد من دون توقّفه على شيء آخر، فالفسخ عبارة عن رفع اليد عن الملكية، فترتبة إمكانه متأخّرة عن الملكية، والخيار من لوازم إمكان الفسخ، فترتبته أيضاً كذلك، والانعقاد القهري أيضاً من آثار الملك في عرض الخيار، بمعنى أنّ كلّاً منها لا يتحقّق إلّا بعد تحقّق الملكية آنأماً، فالأخذ بالخيار لا محالة يقع بعد الانعقاد، لأنّ الملكية التقديرية في المقام لا تصلح إلّا لذلك، فالأخذ بالخيار المتعقّب رتبةً عن نفس الخيار المساوي للانعقاد في الرتبة - مع أنّه يحتاج إلى زمان في الجملة - لا يعقل تحقّقها في الخارج إلّا بعد العتق، فيقع لغوّاً بالنسبة إلى نفس المبيع، لا لأنّ الحرّ لا يعود رقاً، بل لكون الحرية من آثار الملكية المتحقّقة قبل الأخذ بالخيار، فصار حين تحقّقها بمنزلة التّألف في عدم كونه ملّكاً للمشتري، فليس له ملّكٌ فعلاً حتّى يكون

من آثار عقده، ويرجع البائع إليه بعد الفسخ، فلو فرضنا وقوع العتق متزلزلاً في الشريعة، لما صح لنا الالتزام بالتزلزل في المقام لأجل أدلة الخيار، إذ ليس لزوم العتق منافياً لإطلاق أدلة الخيار، لما ذكرنا من أن معنى الخيار رفع الآثار الثابتة للعقد حال الأخذ بالخيار، ومعلوم أن الحرية ليست من آثار العقد، وإنما أثره الملكية السابقة وقد زالت.

ولا تنوهم: أن مقتضى كلامنا توقف تحقق الخيار على ثبوت الملكية آناء ما، وعدم معقوليته بدون ذلك، حتى ينتقض بمقالة من قال بعدم تحقق الملكية إلا بعد انقضاء زمان الخيار، إذ لا ندعي إلا توقف تحقق الخيار على أثره لا لخصوص الملكية، إلا أن الأثر الحاصل على مختارنا لا ينفك عن الملكية كما ذكرنا في المقدمة الأخيرة.

وهذا بخلاف مذهب القائل، فإنه يزعم أن الأثر الحاصل بالعقد إنما هو شأئية الملك، وصيرورة المبيع في عرضة مال الغير، فله في زمان الخيار حل هذه العُلقة والشأئية وصيرورته بمنزلة الأجنبي عن الآخر، فافهم وتأمل.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يلزم على ما ذكرنا - من عدم اقتضاء أدلة الخيار - استرداد عين المبيع في المقام وورود التخصيص على تلك الأدلة.

ثم أننا لو قلنا بشمول الأدلة لكل عقد - فيكون مفادها أن المتبايعين بالخيار في كل عقد من عقود البيع إلى زمان المفارقة، من غير فرق بين وجود كل من العوضين وعدمه، كما هو ظاهر الأدلة - لا محيص عن القول بوجوب دفع القيمة فيما نحن فيه، بل في كل مقام انتقل المبيع بعقد لازم - كما في التالف - لصيرورته بمنزلة التالف، بعد فرض عدم تأثير الفسخ إلا من حين الفسخ، ولا أثر له بالنسبة إلى التصرفات السابقة، سواء تعلقت بالعين أو بالمنافع لا حقيقة ولا حكماً.

لا يقال: إنه لا أثر للعقد بعد التلف حتى يتمشى فيه الخيار، وقد ذكرت أن معنى الخيار السلطنة على إبطال العقد بالنسبة إلى الآثار الموجودة، وليس بعد تلف

العوضين أو أحدهما للعقد بالنسبة إلى من تلف ما في يده أثرٌ موجودٌ، فلا يشملُه أدلة الخيار، لا لقصور في تلك الأدلة، بل لعدم قابلية المحل، فلا يلزم ذلك تخصيصها فيها، بل هي النسبة إليها متخصّصة كما ذكرت في نفس العين، إذا خرجت عن ملك البائع أو المشتري.

لأنّا نقول: ليس أثر العقد منحصرًا في الملكية الفعلية بحيث يرتفع أثره بزوالها، بل لها آثار أخرى مثل أن يكون تلفه في ملكه وان يكون مضموناً بالضمان المعين في العقد، فلتتألف بهذه الملاحظات نحو وجود واعتبار من أجلها يتّصف - ولو بعد التّلف - بالعوضيّة والمعوضيّة، فلمن بيده الخيار أن يرفع هذه الآثار ويفسخ العقد وبعد الفسخ يرتفع التّضمن والتّضمّن الناشئ عن العقد، ويتبدّل الضّمان الخاص بالضّمان المطلق الذي تقتضيه القواعد من المثل أو القيمة، فيعدّ التّلف بعد الفسخ من ملك مالكة الأوّل. وعلى الثاني ضمانها، لا لقاعدة اليد أو الاتلاف، بل لنفس أدلة الخيار.

ومما ذكرنا تبين أنّه لو انتقلت العين قبل الفسخ بعقد جائز يجب الاسترداد ودفعها إلى الفاسخ، ضرورة أن دفع المثل أو القيمة، أمّا كان لأجل التعذّر عن ردّ نفس العين وأقربيتها إلى التّالف، وبعد التّمكّن من ردّ نفس العين لا وجه للانتقال إلى المثل أو القيمة، فتأمل.

قوله: «لأنّ شرائه اتلاف له...»<sup>(١)</sup>.

أقول: وهذا الوجه لا يخلو عن نظر، إذ لا ملازمة بين أن يكون الرّضا الحاصل بعد البيع والتروّي المستكشف بأدنى تصرّف مسقطاً للخيار، وبين أن يكون الإقدام في التصرف بنفس البيع أيضاً مسقطاً، والأولوية ممنوعة، بل المساواة

أيضاً كذلك، إذ لا رضا في الفرض زائداً على الرضا بالمعاملة التي من آثارها اعتناق المبيع، وهذا بخلاف الرضا المتحقق بعد البيع المستكشف بالتصرف، فإنه رضا زائد على الرضا بالمبيع حاصل بعد التأمل والتروّي فلا يقاس أحدهما بالآخر.

\*\*\*

## [في مسقطات خيار المجلس]

قوله ﷺ: «وقد يتخيل معارضته لعموم أدلة الخيار...»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذه الأدلة أعني أدلة الشروط بدلولها اللفظي تدلّ على عدم صلاحيتها للمعارضة لشيء من الأدلة، لاشتغالها على أشياء ما خالف الكتاب والسنة، وما هو موجب لتحليل الحرام وتحريم الحلال، فلو سلّم في مورد اندراجه تحت عموم الكتاب والسنة أو إطلاقها، كيف يصحُّ اندراجه تحت عموم وجوب الوفاء بالشّروط مع أنّه داخل في المستثنى لا المستثنى منه، فالمتعيّن في مثل المقام، أمّا الالتزام بشمول أدلة الخيار، وكون أدلة وجوب الوفاء بالشّروط بالنسبة إليها متحقّقة، أو منع الشّمول رأساً، بدعوى كونها مسوقةً لبيان حكم ذات الشيء من حيث هي، لا ما إذا كانت مشروطة بشيء، كما أشار إليه المصنّف، فهي بهذا الاعتبار لا حكم لها إلّا وجوب العمل بما يقتضيه الشرط المستفاد من أدلة الشروط.

قوله ﷺ: «ونحوه في الضعف التمسك بعموم» «أوفوا بالعقود»<sup>(١)</sup>.  
أقول: بعد تسليم عدم شمول أدلة الخيار لها بعد طرؤ عنوان الاشتراط، لا مانع من اندراجه تحت العموم كما لا يخفى.  
ويمكن أن يقرر المطلب بتقريب آخر بأن يقال إن أدلة الخيار إنما هي منصرفة إلى البيوع التي لم يتحقق الرضا فيها إلا بنفس البيع، وأما إذا اشتمل على رضا آخر، أعني الالتزام بلزوم البيع، فلا يشملها أدلة اللزوم.  
والفرق بين هذا وسابقه، منع الشمول بالنسبة إليه رأساً، فلا مقتضي فيه للخيار أبداً لا ذاتاً ولا عرضاً، وهذا بخلاف الفرض الأول، فإن إطلاق الدليل يشمل ذاتاً، إلا أنه طرء عليه عنوان ثانوي صار سبباً لتبدل حكمه، كما في الغنم المغصوب، فإنه حلال ذاتاً وحرام بالعرض.  
وعلى هذا يمكن المناقشة في الاستدلال بعموم «أوفوا بالعقود» على التقدير الأول، لطرؤ التخصيص عليها بالنسبة إليه.  
ودعوى عمومته الأحوالي بحيث يكون بعد الاشتراط فرداً آخر ممنوعة، ولعله لذا أعرض سيّد مشايخنا - دام ظلّه - عن الاستدلال بها على هذا التقدير، فافهم وتأمل.

قوله: «الثاني أن يشترط عدم الفسخ...»<sup>(٢)</sup>.  
أقول: وفيما قوّاه نظر، بل الأقوى هو الوجه الثاني، أعني نفوذ الفسخ، ضرورة أن المشروط في هذه الصورة إنما هو ترك الفعل لا رفع الخيار، وإلا لاّ تّحد مع الصورة الأولى، وحينئذ نقول إن اشتراط ترك الفعل لا يقتضي إلا حرمة الفعل لا نفي أثره، كما لو حلف أن لا يبيع داره، فلو باع يتحقق البيع ويبحث، وليس حال

١- كتاب المكاسب: ٢٢٠ سطر ٤.

٢- كتاب المكاسب: ٢٢٠ سطر ٣١.

وجوب الوفاء بالشَّرط إلَّا كحال وجوب الوفاء بالحلف، فكما أنَّ الحلف في المثال لا يقتضي رفع سببِة البيع، كذلك فيما نحن فيه.

قوله: «فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: ما ذكره لا يخلو عن نظر، لأنَّ التَّباني المتحقِّقَ لَينها سابقاً قرينة على كون الإنشاء مقيّداً، ولا فرق بعد التَّباني بين أن يقول «بعتك على الشرط»، أو يقول «بعتك» من غير تقييد، لأنَّ البناء السابق موجبٌ لصرف المطلق إلى المقيّد.  
نعم، غاية ما يمكن أن يقال إنَّ البناء السابق ليس إلَّا بمنزلة الوعد، والمتحقِّق حال العقد ليس إلَّا قصد الاشتراط، ومعلوم أنَّ إرادة الاشتراط ليست إنشاء الشرط، والذي يجبُ الوفاء أنَّما هو نفس الشرط الذي لا يتحقَّق إلَّا بالإنشاء لا إرادته.  
وفيه: أنَّ إنشاء الشرط في ضمن العقد ليس إلَّا إنشاء العقد مقيّداً، لا أنَّه إنشاءٌ مستقلٌّ مغايرٌ لإنشاء العقد، وقد ذكرنا أنَّ العقد بعد التَّباني ظاهرٌ في إرادة المقيّد، فيكون الشرط الضمّني بمنزلة المحذوف النحوي في كونه مقصوداً أو مستفاداً من القرائن، فافهم وتأمل.

قوله: «وقد مرَّ أنَّ الأقرب في الشرط أيضاً كونه كذلك...»<sup>(٢)</sup>.  
أقول: وقد مرَّ ما فيه.

قوله: «ولعله لفحوى سلطنة الناس على أموالهم»<sup>(٣)</sup>.  
أقول: قد يناقش في الفحوى بعدم جواز مثل هذا التصرّف في الأصل، فكيف

١- كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ١٩.

٢- كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ٢٦.

٣- كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ٢٨.



في الفرع، لأنَّ الإسقاط في الحقوق بمنزلة الإعراض في الأموال، وهو في الأموال غير مسلم، فليكن الحقوق أيضاً كذلك.  
وفيها: أنَّ المستفاد منها أنَّهم مسلَّطون على الحقوق مطلقاً، كما أنَّهم مسلَّطون على الأموال مطلقاً.

وأما مسألة الأعراض بناءً على عدم جوازه، فليس من جهة قصور سلطنته، بل هو لعدم قابلية المحلِّ، حيث أنَّ قطع عُقْلة المالك ليس تصرفاً في المال، بل المال باقٍ على ما كان، إلاَّ أنَّه بنفسه اعتزل عن المال وارتفعت سلطنته، فهو في الحقيقة متصرِّف في سلطنته لا في المال، والدليل أنَّما دلَّ على إطلاق سلطنته على المال لا على السلطنة، وهذا بخلاف الحقِّ، فإنَّ إسقاطه تصرف فيه كإبراء الدَّين، فافهم.

قوله: «وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك...»<sup>(١)</sup>.

أقول: بعد تسليم ظهور الرواية فيما ذكر، أنَّه ينبغي رفع اليد عنها بمقتضى إطلاقاتها الواردة في غير واحد من الأخبار، المقتصرة فيها بجعل الغاية مجرد الافتراق، مع كونها في مقام البيان.

ودعوى: أنَّ المقيّد منها، بقرينة هذه الرواية، قابلة للمنع، بل هذه الرواية بنفسها غيرُ صالحةٍ للتقييد، لضعف ظهورها في إرادة معنى آخر زائد على ما يستفاد من صدرها، حتَّى يصلح لأن يكون مقيّداً لها، بل لا يبعد بقرينة التفرع وذكرها بعد الفراغ عن القضية الأولى، دعوى كونها مفهوماً للقضية السابقة، فالرواية الحالية عنها والمشتملة عليها سيّان في الإفادة.

إن قلت: إنَّ مقتضى ما ذكرت اعتبار الرضا مطلقاً، مع قطع النظر عن هذه الرواية أيضاً.

قلتُ: نعم، ولكن فرق بين أن تكون هذه الرواية مقيدة لها، وبين أن لا تكون كذلك، إذ على التقدير الأول يعتبر الرضا الفعلي زائداً على نفس الافتراق، فيكون الافتراق بمنزلة جزء السبب، وهذا بخلاف الثاني، حيث أنه على هذا التقدير يكون قوله ﷺ «بعد الرضا» مسوقاً لبيان أمرٍ واقعيٍّ مركوز في أذهان العقلاء، يدور عليه حركتهم إلى التفرق، فكأنه قال ﷺ بعد أن كانا مختارين في الفسخ، فلم يفسخا، وافترقا كلّ منهما عن الآخر، فلا خيار لهما بعد ذلك، وكأني أرى هذه الرواية وأمثالها تجري على طريقة العقلاء وتقرير لهم في سلوكهم، لأننا نراهم لو اجتمعوا على إتمام أمرٍ، وأخذ ميثاق، لا يعدّون من التغيرات السّاحة والتبدلات المتجددة نقضاً عندهم ما داموا في المجلس، فكأن البناء عندهم ما داموا في المجلس متزلزلاً، وبعد المفارقة تنعقد المعاهدة ويثبت الأمر، فالافتراق عندهم مع قطع النظر عن الشرع سببٌ للزوم الوفاء بمعاهدتهم، وهو كاشفٌ نوعاً عن رضائهم بما فعلوا، إذ لو لم يكونوا راضين لنكثوا ما داموا باقين في المجلس، فعلى هذا ما ورد من الشارع من أنها بالخيار ما لم يفترقا، فهو تقرير لطريقتهم.

فالمهم على هذا هو تشخيص ما عليه طريقتهم، من أن نفس الافتراق من حيث هو سبب للزوم، أو هي إذا تعقّب الرضا بالبيع قبل الافتراق.

فنقول: إنّه متى انقضى المجلس، ولم يفسخ واحدٌ منها وافترقا، لتحقق سبب اللزوم من غير توقّف على الرضا الفعلي، إلا أنّه قد عرفت أن ذلك كاشفٌ عن الرضا بالمعاهدة نوعاً، فعلى هذا السبب الشرعي أيضاً هو الافتراق الكاشف نوعاً عن الرضا بالعقد، ويمكن أن يقرّر اعتبار الرضا بتقرير آخر، ولعله أسدّ وأتقن وهو أن الغالب المتعارف عند العقلاء كون الافتراق الحاصل بعد المعاهدة متعقّباً بالرضا بها، فاطلاق الغاية الواردة في بعض الروايات منزلاً عليه، كما أن التقييد في بعضها الآخر أيضاً كذلك.

ويؤيد ذلك: ما استظهرنا من الرواية المقيدة من كون القضية مفهوماً للقضية

الأولى، لا أنه كلام مستقل، ويتفرّع على ما ذكرنا ما ذهب إليه المشهور من سقوط الخيار مع التمكن من التّخاير، إذ لا فرق في الافتراق الحاصل عن كرهٍ أو إجبار، بل وكذلك الاضطرار، مع التمكن حال حدوثه، ومن إبطال العقد في كشفه عن الرّضا. هذا، ولكنّ الإنصاف أنّه لا يبعد دعوى كون الافتراق عن المجلس في حدّ ذاته سبباً تامّاً عند العقلاء في مضيّ أمرهم، من دون توقّف على كونه اختيار، وعلى هذا فلا بدّ على القول باعتبار الرّضا، أمّا من دعوى انصراف الأدلّة إلى الافتراق الحاصل عقيب الرّضا بالبيع، لكونه هو الفرد الشّائع المتعارف، أو من دعوى ظهور الرواية المقيّدة في ذلك. وقد عرفت أنّه لا يتمّ مذهب المشهور، أعني عدم سقوط الخيار، لو أكره على التفرّق ومنع عن التّخاير، وعدم سقوطه لو لم يمنع عن التّخاير. ولو أغمض عن ذلك وقيل بأنّ الافتراق سبب تام لسقوط الخيار، كما هو مقتضى ظاهر بعض الروايات، للزم أن يقال ببقاء الخيار مطلقاً لو أكره أو اضطرّ إلى المفارقة، بمقتضى حديث الرّفع، ألّهم إلّا أن يمنع شموله لمثل المقام، وقيل باختصاصه برفع المؤاخذه والعقاب، ولكنّه قد تقرّر أنّ الأظهر دلالته على رفع الآثار المقتضية لثبوت كلفة وثقل على المكلّف، من الالتزامات وغيرها. فعلى هذا يعمّ ما نحن فيه، كما في الطّلاق والعنّاق وصدقة ما لا يملك، هذا إذا قلنا بعدم اعتبار كون الافتراق بعد الرّضا.

وأما لو لم نقل بذلك - كما أنّه لا يبعد - فالحكم كما عليه المشهور، ولا يجوز التمسك حينئذٍ بحديث الرّفع، إلّا إذا منع عن التّخاير أيضاً، لكون الافتراق حينئذٍ جزء السّبب وحديث الرّفع لا يشمل، لأنّ أثر الجزء بما هو جزء ليس بحيث يوجب ثقلاً والتزاماً على المكلّف حتّى ترفعه الرواية، وأنما الأثر الافتراق المقيّد، والمفروض أنّه لم يقع المجموع مكرهاً عليه، ولو قيل بشمول الرواية حينئذٍ أيضاً للزم الالتزام ببلوغيّة بيع المكره رأساً، وعدم صلاحيّته بعد لحوق الرّضا للتأثير، وقد قرّرنا فيما سبق خلافه.

ثُمَّ لَا يَخْفَى عَلَيْكَ أَنَّ مَا نَفَيْنَا الْبَعْدَ عَنْهُ مِنْ اعْتِبَارِ الرِّضَا بِالْبَيْعِ، أَمَّا هُوَ الرِّضَا  
التَّوَعَّى الْمُنْكَشَفُ بِالْإِفْتِرَاقِ الْحَاصِلِ عَقِيبَ تَرْكِ الْفَسْخِ فِي حَالِ الْإِخْتِيَارِ، وَأَمَّا  
اعْتِبَارُ الرِّضَاءِ الْفَعْلِيِّ فَلَا يُسَاعِدُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَدْلَةِ، فَافْهَمُوا وَتَأَمَّلُوا.

\*\*\*

## [في مسقطات خيار الحيوان]

قوله: «ففي صحيحة ابن رثاب «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً...»<sup>(١)</sup>.

أقول: لفظ «الحديث» وإن كان بحسب اللغة، يطلق على كل تصرف، إلا أن هذه القضية أعني قوله عليه السلام «فإن أحدث حدثاً»<sup>(٢)</sup>، وكذا نظائرها إنما تنصرف عرفاً إلى التصرفات التي يكون وصف الحدث فيها من أظهر أوصافها، لا كلما يصدر منه ولو كان من الأفعال الضرورية، وعلى هذا فالمتبادر من أحداث الحدث فيما نحن فيه، إنما هي التصرفات التي تصدر من الملاك في أملاكهم بملاحظة كونه ملوكاً لهم، بحيث يكون صدورهما من المشتري تصرفاً ظاهراً متجدداً مستحدثاً، كأفعال الدابة وأخذ حافرها، وتقيل الجارية ووطئها، وغيرها من التصرفات الظاهرة في وصف الحدوث، وهذا بخلاف سقي الدابة والجارية وإطعامها، وأمرها بالإسقاء وإغلاق

---

١ - كتاب المكاسب: ٢٢٦ سطر ١.

٢ - وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٤ ص ١٣.

الباب، من التصرفات التي لا تُعدُّ تصرفاً عرفاً، فضلاً عن صدق أحداث الحدث، ولا يبعد دعوى عدم انفكاك القسم الأول من التصرفات غالباً عن الرضا بمضمون العقد، والالتزم بثبوت أثره في الخارج، فيكون هذا النحو من التصرفات لو خُلِّي وطبعه كاشفاً نوعاً عن الرضا بثبوت أثر العقد، ثم أنَّ ظاهر قوله ﷺ في ذيل الرواية «فذلك رضى منه»، الرضا باستقرار الملك، وثبوت أثر العقد، أعني الالتزام ببقاء الأثر، وإلا فالرضا بنفس البيع قد كان حاصلًا قبل التصرف أيضاً من أول زمان صدور البيع، فالمراد بالرضا أنما هو رضا زائد على ما يتوقف عليه تأثير البيع، وليس ذلك إلا الرضا ببقاء الأمر مستقراً.

ثم لا يخفى أنه على هذا أيضاً، لا يمكن إبقاء المحل على ظاهره، ضرورة مغايرتها في الوجود، لأنَّ الرضا أمرٌ قلبي والتصرف فعل خارجي، فلا بد حينئذٍ إما من حمل قوله ﷺ «فذلك رضى منه» على كونه بحكم الرضا تعبدًا، وهذا هو الوجه الأول من الوجوه الأربعة التي يذكرها المصنف فيما بعد، ولكنه ظهر لك ممَّا قررنا في معنى قوله ﷺ «فإن أحدث حدثاً» أنه لا يلزم على هذا الفرض الالتزام بأنَّ كلَّ تصرف مسقط، بل المسقط أنما هو التصرفات الخاصة الظاهرة منها وصف الحدوث، ولا ضير في الالتزام به.

نعم، يلزم على هذا الالتزام بسقوط الخيار بطلق الرضا القلبي بالزام العقد أيضاً، وهذا وإن كان ممَّا يدلُّ عليه رواية عبدالله بن الحسن، إلا أنَّ الالتزام به لا يخلو عن صعوبة، وكيف كان، فالمتبع هو الدليل.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني من الوجوه الأربعة، بعد اشتراكهما في كون أحداث الحدث مُسقطاً للخيار مطلقاً تعبدًا، هو أنَّ المعنى الثاني مشتملٌ على بيان حكمة الحكم دون الأول، فيكون حمل الرضا على التصرف لا لكون التصرف بحكم الرضا، بل لأجل كونه امارَةً عليه ومرآةً له، فأطلق الشارع الحكم على المرأة للمناسبة بينه وبين المرئي، فلا يلزم على هذا التقدير أن يكون للمرئي أيضاً حكم

المرآة، ضرورة أن الثَّابِت بِالرَّوَايَةِ أنَّما هو أخذ الطَّرِيقَ موضوعاً للحكم، وهذا لا يقتضي إثبات الحكم لذي الطَّرِيقِ مُعَرَّاةً عن الطريق كما لا يخفى.

نعم، لا يبعدُ على هذا الوجه تسرية الحكم إلى كلِّ كاشفٍ نوعيٍّ وإن لم يكن تصرُّفاً، بدعوى ظهوره في كون التصرُّف الكاشف مُسْقِطاً، مِنْ حيثُ كونه كاشفاً، فالعلة حقيقةً أنَّما هو بأنَّه يستكشف عن الرِّضا لا نفس الرِّضا، إذ المفروض كونه حكمةً للحكم لا علةً له.

وأمَّا الوجه الثالث: فالعلة أنَّما هو الرِّضا المستكشف لا الكاشف عنه، كما يظهر من تنظيره بمباحث الألفاظ، فيفارق الوجهين السَّابِقَيْنِ فيما لو انكشف الحال وتبيَّن مخالفة الطَّرِيقِ عن الواقع، فمقتضى هذا الوجه بقاء الخيار، بخلاف الوجهين السَّابِقَيْنِ، إذ المناط في الثَّانِي منهما نفس التصرُّف نفيًا وإثباتًا، وفي الأوَّل أيضاً كذلك إثباتًا، وأمَّا نفيًا فلا، لما تبيَّن دلالتها على كون نفس الرِّضاء أيضاً مسقطاً على هذا التقدير بالفحوى، فالتصرُّف بنفسه أحدُ الأسباب مستقلاً. غاية الأمر أنَّ سببِيَّته من جهة كونه منزلاً منزلة الرِّضا تعبدًا.

وأمَّا الفرق بين هذا الوجه والوجه الرَّابِع - بعد اشتراكهما في كون العلة هو الرِّضا - لزوم احراز العلة بالعلم على الوجه الأخير للحكم بالسَّقُوط، بخلاف هذا الوجه فإنَّه يكفي فيه عدم العلم بالخلاف بعد قيام الطَّرِيقِ التَّوَعِي عليه.

ومَّا ذكرنا تبيَّن أنَّ الرِّضا في كلا الوجهين فعليٌّ، إلَّا أنَّ الطَّرِيقَ المعتبر بالنِّسبة إلى احرازه في الأوَّل منها نوعيٌّ والآخَرُ شخصيٌّ، فتسمية الرِّضا بالتَّوَعِي مساحمة. ويمكن أن يكون المراد من الوجه الثَّالث، كون العلة هو الرِّضا المستكشف بالطَّرِيقِ المنصوب، بحيثُ يكون كلُّ منهما جزءاً للعلة.

وعلى هذا يتضح الفرق بينه وبين الوجه الرَّابِع، ولو قيل بجواز احرازه بالطَّرِيقِ المنصوب أيضاً، حيثُ أنَّ العلة في الرَّابِع نفس الرِّضا بنفسه، وفي سابقه هو جزء العلة، فعلى هذا يكون المعنى الثَّالث أخصَّ موردًا من غيره، كما لا يخفى.

## [خيار الشرط]

قوله ﷺ: «لأنه صرح بعدم دخوله في الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة، لأن الخيار لكل منهما دائماً فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه»<sup>(١)</sup>. أقول: ولقائل أن يقول لا امتناع في اجتماع أسباب متعددة لثبوت الخيار بالنسبة إلى عقد واحد، مثل خيار المجلس والشرط والعيب وغيرها، فالأحسن في المقام أن يقال إن الخيار على ما قرّرنا حقّ مالي يوجبُ سلطنة صاحبه على التصرف في متعلّقه بمقدار اقتضائه، فكأنه مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملك، وهذا المعنى لا يعقل في مثل هذه العقود، ضرورة أن الموكل مسلّط على التصرف في متعلّق الوكالة بأنحاء التصرفات، وكذا صاحب الوديعة والعارية، وكذا ذو المال في القراض. ومن البين عدم تعقّل احداث سلطنة ضعيفة بالشرط بالنسبة إلى هذه المعاملات، التي لم يخرج متعلّقها عن قبضة اقتداره بوجه من الوجوه، وكذا في الطرف الآخر، أعني الوكيل والمستعير والمستودع، لأنهم مسلّطون على أنفسهم بالاعتزال عن الأمر



الحاصل له بسبب العقد، فلا يؤثر بالنسبة إليهم الخيار أيضاً شيئاً، بل لا يعقل تأثيره بالتقريب المتقدم.

هذا، ولكن لا يخفى أن هذا التقرير إنما يتمشى في مثل هذه العقود المذكورة، وأما في مثل الهبة الجائزة والعقود الجائزة بالعرض فلا، وسيجيء تحقيق الكلام فيها في محله إن شاء الله.

قوله: «فالأولى الاستدلال عليه، مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط وانصرافه، خصوصاً على ما تقدم عن «القاموس» بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات...»<sup>(١)</sup>.

أقول: كل مورد ثبت عدم مشروعية الفسخ فيه بالإجماع وغيره، بحيث يستفاد منه أن اللزوم من الأحكام الشرعية المجعولة لهذا العقد، ولو بعد طرؤ عنوان الاشتراط، فلا إشكال في فساد الشرط، لاستلزامه تحليل الحرام المستثنى عن عموم وجوب الوفاء بالشرط، أما لو لم يثبت ذلك، فلننظر فيما ذكره رحمته مجالاً، إذ لا مخصص لعموم دليل وجوب الوفاء إلا عنوان كونه مُحللاً للحرام أو مُحَرِّماً للحلال، ومن المعلوم أن الشك في صحة الشرط وفساده على هذا التقدير إنما يتسبب عن الشك في كون المشروط بعنوان كونه مشروطاً منهياً عنه في الشريعة أم لا، فإذا نفينا النهي بالأصل، يجب الوفاء بالشرط، لعموم مقتضي وارتفاع المانع.

وبتقرير آخر: أن منشأ الشك في المقام أنه هل جعل الشارع للمشروط بوصف كونه مشروطاً حكماً مخالفاً لما تقتضيه قضية الاشتراط أم لا؟

فاذا قلنا الأصل عدم جعل كذاي يثبت المطلوب.

ولا تنوهم: أنه لا يوجب ذلك الحكم بصحة الشرط، إذ لا يثبت به كونه

مشروعاً، إذ ليس للمستثنى منه عنوانٌ حتّى يحتاج إلى إثباته، بل المانع عن صحّة الشرط أنّما هو كونه مخالفاً للكتاب والسنة، فاذا ارتفع المانع بالأصل، ولم يكن مقتضى معلقاً على عنوان الخاص في موضوع الأدلة يؤثّر مقتضاه، وما ذكرنا من إحراز الموضوع بالأصل هو الموافق لما سيذكره المصنّف في مبحث التكلّم عن الشرط، فكلامه في هذا المقام منافٍ لما سيذكره فيما بعد، فلاحظ وتأمل.

قوله: «وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً»<sup>(١)</sup>. أقول: لا يخفى أنّ الفسخ بنظر العرف، ليس إلّا رفع اليد عن مقتضى العقد السابق بملاحظة أثره.

وبعبارة أخرى: فسخ العقد عبارة عن حلّه، فاذا التزمه أحدٌ على نفسه بشرطٍ وقال الشارع «أوفٍ بشرطك» يجب عليه إيجاده، بمقتضى شرطه بعد امضاء الشارع إيّاه. نعم، لو توقّف إيجاد الفسخ عرفاً أو شرعاً على سبب خاص، كأن كان باللفظ العربي أو غيره، لا يدلّ وجوب الوفاء بالشرط على نفيه، كما أنّه لو التزم أن يوجد بدون ذلك السبب يفسد، لكونه مخالفاً للمشروع، كما لو شرط بيع شيء، فإنّ الشرط لا يقتضي إلّا وجوب البيع، وأمّا تحقّقه بدون الصيغة العربيّة فلا، بل لو اشترط عدمه لا ينفذ لو ثبت اعتباره شرعاً.

وكيف كان، فلا إشكال في تحقّق الفسخ ونفوذه بعد شرط الخيار والأخذ به، لو لم يعلم مخالفته للمشروع، ولكّنه يجب عليه إيجاد الفسخ بما هو سببٌ للفسخ شرعاً، لو ثبت فيه اعتبار سببٍ خاص، وأمّا لو لم يعتبر فيه سببٌ خاص، فيكفي في الوفاء بالشرط مجرد ترتيب آثار حلّ العقد.

قوله: «ومنه يظهر عدم جريانه في المعاطات»<sup>(١)</sup>.

أقول: استظهر منه ﷺ ما ينافي هذا البناء، وكيف كان، فالأقوى جريانه فيها، إذ لا فرق في الإنشاء والقول من حيث إمكان تقييده في نفس الأمر بشرط، ومن المعلوم أن الفعل من حيث هو فعل ليس معاملة، وإنما هو من حيث استكشاف التملك والتملك به كالقول، فكما في القول يمكن أن يكون كاشفاً عن الإنشاء المقيّد، كذا الفعل أيضاً. غاية الأمر أنه يحتاج في الفعل إلى نصب قرينة، كال تصريح قبله - على ما ذكرنا فيما سبق من صحة الاشتراط - كذلك في نفوذه - كما سيختاره المصنف رحمه الله أيضاً - أو أنه يصرّح حال الفعل، وما ذكره مانعاً لا يصلح للمانع بعد البناء على كاشفة الفعل كالقول، فافهم.

\*\*\*

## [في خيار الغبن]

قوله: «ويضعف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً...»<sup>(١)</sup>.  
أقول وفيه: مضافاً إلى ما ذكره المصنف، أنه لو تمّ الدليل المذكور لأقتضى البطلان من رأس، بمعنى عدم كون ما وقع سبباً تاماً في حصول الملكية كعقد الفضولي، ضرورة اشتراط العقد في التأثير بالتراضي، فحينئذٍ نقول إن كان التراضي المعتبر في صحة التجارة وتأثيرها متحققاً قبل ظهور الغبن، فلا وجه لما ذكره، وإن لم يكن فلا وجه للخيار. غاية الأمر أنه يصير بمنزلة الفضولي والمكروه في أن له الرضا بالعقد السابق حتى يتم تأثيره والرد، ومعلوم أنه لو رده لا يؤثر في شيء أبداً، وهذا غير ما هم بصدده، من إثبات الخيار الذي مقتضاه البطلان، من حيث الفسخ لا عن أصله، والدليل المذكور لو تمّ لأقتضى عدم انعقاد أصل المعاملة من رأس، وهذا واضح.

وبما ذكرنا اتضح أنه لا ينبغي أن يتوهم أنه من قبيل تعدّد المطلوب، بمعنى أنه

راضٍ بنفس المعاملة من حيث هي، وبوصف كونه مساوياً لكذا، فبزوال أحدهما لا يرتفع الآخر، ضرورة أنه لو كان الرضا المفروض كافياً في صحة التجارة، فلا وجه بعد للتقريب المتقدم، وإن لم يكن كافياً فيعود المحذور.

ودعوى: أن الظاهر من حال المشتري رضائته بلزوم التجارة على تقدير المساواة، وكونه مختاراً في الفسخ على تقدير عدم المساواة، فيكون بمنزلة الشرط في ضمن العقد، في كون رضائه مقيداً يكذبها الوجدان، مع معارضته لظهور حال البائع في أنه يقصد بيعه على كل تقدير، ولا يكون منشأً للتجارة المقيدة حتى يقع قبول المشتري عليها، فهذا أيضاً يقتضي البطلان في الفرض لا الخيار كما لا يخفى.

قوله: «لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾» (١) (٢).

أقول: مقتضى الظاهر تحكيم ظهورها على ظهوره، لكونه مستثنى منها، فلا يعارضها، هذا إن جعلنا الاستثناء متصلاً فمما لا إشكال فيه، وأما لو جعلناه منقطعاً ففيه تأمل.

ومما يعين تعلق النهي بالأكل بالأسباب الباطلة دون نفس الأكل الباطل، كونه بدخول كلمة ما واستثناء التجارة عنها التي هي سبب غير باطل.

ولا يخفى عليك، أنه على هذا يتوجه الإشكال على ما التزمه المصنف من الصحة قبل ظهور الغبن للإجماع، والفساد بعد ظهوره، وعدم امضاء المغبون بعموم الآية، لما تقرّر في محله من عدم جواز التمسك بعموم العام بعد طرؤ التخصيص بالنسبة إلى الأفراد المخصصة في حال الشك، بل المرجع أنما هو استصحاب حكم المخصص، فتأمل.

١ - سورة النساء: آية ٢٩.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٣٤، سطر ٣٣.

قوله: «إِلَّا أَنْ يُقَالَ»<sup>(١)</sup>.

أقول: ظاهره أَنَّهُ يُقَالُ في مقام بيان رفع التعارض بين الآيتين، إِلَّا أَنْ ما ذكره ﷺ تقرير للتعارض بعبارة أوفى، ولكن الظاهر أَنَّ كلمة «لا» في قوله «لا يخرج» زائدة، سهو من قلم الناسخ، وحينئذٍ يتم مقصوده بلا إشكال، هذا ما أفاده الاستاد دام ظلّه.

ولكن الذي يظهر لي صحة العبارة، وكأنّ المصنّف ﷺ نظر إلى عدم استقامة استثناء التجارة عن مطلق الباطل، ضرورة عدم كون التجارة عن تراض أكلاً بالباطل، لا أَنَّهُ باطل جائز الأكل بحكم الشارع. والظاهر عدم كون الحكم تعدياً محضاً، فخصير الآية على هذا التقدير بمنزلة الاستدراك، فكأنّه قال ولكن كلوا بالتجارة عن تراض، فإنّه ليس من الباطل في شيء، وبعدما علمنا أَنَّ الحكم ليس تعدياً محضاً، وأنّه مطابق لما يحكم به العقلاء، ويستمرّ عليه طريقة العرف، إذا رأينا مورداً من الموارد أَنَّهُ يصدق عليه عرفاً أَنَّهُ أكل بالباطل، ولو كان بسبب التجارة عن تراض، فعلم بخروجه عن مورد الآية، لما علمنا مِنْ أَنَّ المناط في جواز الأكل في التجارة خروجها عن عنوان الباطل ولو بنظر العرف، كما فيما نحن فيه، فعلى هذا لا تعارض بين الآيتين في المورد.

اللهم إِلَّا أَنْ يُقَالَ: كما ذكره المصنّف أَنَّ آية التجارة تشمل تجارة المغبون في غير صورة الخدع، فيدلّ على لزومها، ويتمّ القول في غيرها بعدم القول بالفصل، فيتحقق التعارض بين الآيتين كما قرّرناه، فافهم.

قوله: «فالمتيقن من ثبوت الخيار له...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: يتوجّه على ما ذكره المقرّر في محله، أَنَّ دليل نفي الضرر كدليل نفي

١- كتاب المكاسب: ٢٣٤ سطر ٣٤.

٢- كتاب المكاسب: ٢٣٥ سطر ١٦.

الحرج، لا يدلّ إلا على رفع الحكم الذي تسبّب الضرر عنه، ففيما نحن فيه ليس الضرر الحاصل مسبباً عن تملك البيع ولا تملك الثمن أبداً، وإنما الضرر مسبب عن لزوم العقد، وعدم قدرة المغبون على إبطال المعاملة، فدلّيل نفي الضرر يدلّ على رفع هذا الحكم، وأمّا إمكان رفع الضرر بأشياء أخرى، لا يوجب عدم دلالة الرواية على نفي هذا الحكم الذي هو بنفسه سبب للضرر أولاً وبالذات، ونظير ذلك ما في حديث المارة حيث أن الإمام عليه السلام استدلّ فيها برفع الحرج على نفي المباشرة فافهم وتأمل.

\*\*\*

## [في مسقطات خيار الغبن]

قوله: «وَأَمَّا إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر أيضاً جوازه...»<sup>(١)</sup>.

أقول: إن قلنا أنه تتحقق بتحقيق الخيار مرتبة من الحق للمغبون قابلة للإسقاط، كما قد ظهر منّا تقويته فيما سبق، فلما ذكره المصنف رحمته الله وجهه، وإن كان أيضاً لا يخلو عن مناقشة، حيث أن الساقط هو هذا الحق الضعيف، وسقوط الخيار فيما بعد من آثاره لا نفس الخيار الذي لم يتحقق بعد.

وأما لو بنينا على أنه لا يحدث بسببه حق فعلي أبداً، وأنما هو سبب محض لتحقيق الحق فيما بعد، فلا وجه لما ذكره، حيث أن حالته بعد العقد ليس إلا كحالته قبله، وكونه مغبوناً في الواقع لم يؤثر في شيء أبداً قبل العلم، وأنما يؤثر بعد العلم على ما هو المفروض، فكما أنه لا يجوز إسقاطه قبل العقد، فكذا لا يجوز بعدما لم يتحقق الحق، فهذا أشبه شيء بضمان ما لم يجب، والقصاص قبل الجناية، وأما تنظيره ببراء



المالك الودعيّ أنما يناسبُ لو قيل بجواز الإسقاط حتّى قبل التّلف، كما أنّه لا يجوز الإسقاط بعد التّلف قبل العلم به أو بعده، مع إنكار كون الضّمان، أعني كون الودعيّ متعهّداً بالمال، في حدّ ذاته حقّاً ثابتاً للمالك من حين الوديعة. ولا يخفى أنّ كلّاً من المقدّمتين قابلة للمنع.

نعم، ما ذكره من الأمثلة أنما يناسب الحكم بجواز الإسقاط قبل العلم، لو التزمنا بشوته من حين العقد، وهذا هو المصحّح للإسقاط معلّقاً، حيث أنّ مرجعه إلى إسقاط الحقّ على تقدير الثبوت في الواقع، كطلاق مشكوك الزوجيّة، وعتق مشكوك الرقيّة، وأمّا على ما هو المفروض من كون ظهور الغبن شرطاً شرعيّاً، فلا يكون الإسقاط من هذا القبيل قطعاً، بل بمنزلة طلاق ما يحتمل أن تصير زوجة فيما بعد، كما لا يخفى.

وأما خيار العيب الذي هو أيضاً أحد النظائر فالكلام فيه بعينه هو الكلام في المقام.

هذا، ولكنّ الخطب أسهل، بناء على ما ظهر ممّا تقويته، من أنّه تحدث بحدوث السّبب أيضاً مرتبة من الحقّ للمغبون أضعف من الحقّ الذي يستحقّ في زمان فعليّة الخيار، بدعوى أنّ شائيّة الخيار الحاصلة بالغبن الواقعي أيضاً له نحو اعتبارٍ وتحقّقٍ واقعي في نظر العقلاء، كما هو الشأن في كثير من المقامات، بعد تحقّق سبب الملكيّة المتوقّف فعليّتها على حصول شرطٍ، خصوصاً في مثل هذا الشرط، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «فأنه كما لا يجري مع الأقدام عليه، فكذلك لا يجري مع الرضا به بعده...»<sup>(١)</sup>.

أقول: وجه عدم جريان دليل نفي الضرر في صورة الإقدام وكذا الرضا، هو

أن غاية ما يدل عليه دليل نفي الضرر، أنه لا يترتب على الإلزام بالأحكام الشرعية نفيًا وإثباتًا ضررًا على المكلف، بمعنى أن الضرر المسبب عن الحكم الشرعي مرتفع في الشريعة. ومن المعلوم أن الضرر المترتب في الصورتين ليس ناشئًا عن حكم الشارع باللزوم، بل هو ناشئ عن اختيار التضرر، فليس هذا إلا كالحكم بلزوم الهبة أو غيرها من العقود، ومن المعلوم أن دليل نفي الضرر لا يرفع اللزوم عن مثل هذه الموارد.

قوله: «الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخيارات المتقدمة...»<sup>(١)</sup>.

أقول: صحة الإسقاط فيما نحن فيه مبني على استفادة كون الخيار حقًا للمغبون من أدلته كما هو الظاهر، ولكنه لو بنينا على انحصار مدركه في حديث نفي الضرر، لأمكن الحدشة في كونه حقًا، بدعوى عدم دلالة على أزيد من جواز استرداد العين، وأما إثبات الحق فلا، فيكون من أحكامه الشرعية جواز الاسترداد كالهبة المجازة، وبهذا يرتفع الضرر كما لا يخفى فتأمل.

قوله ﷺ: «والعلة المستفادة من النص في خيار الحيوان...»<sup>(٢)</sup>.  
أقول: استفادة العلية من الروايات مبني على استظهار كونها تقريراً، لما هو المركوز في أذهان العقلاء والعرف، من أنهم ما لم يلتزموا بالعقد، ولم يرضوا به لا يتصرفون في المبيع تصرفاً يصدق عليه أنه أحدث فيه حدثاً، وهذا المعنى أظهر الاحتمالات التي تقدمت في الرواية، فيستفاد من الرواية أن كل تصرف يكون

١ - كتاب المكاسب: ٢٣٩ سطر ٧.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٣٩ سطر ٩.

كاشفاً نوعاً عن الرضا مسقطاً للخيار، كما هو المقرر عند العقلاء، ولذا تراههم لا يقبلون المبيع لو ردّ عليهم المشتري بعد إحداث حدثٍ فيه، ويعتذرون عن الاسترداد بقولهم إن كنت بانياً على الردّ لم فعلت كذا، فبذلك يستكشف كون التصرف عندهم مانعاً من الردّ، فلا يصدر منهم إلا بعد البناء على عدمه، وهذا هو الذي أشرنا إليه فيما تقدّم، من أن الرضا المستكشف في المقام مغاير للرضا بأصل البيع، إذ هو كان حاصلًا من زمان صدور العقد قبل التصرف أيضاً، بل هذا عبارة عن الالتزام بالعقد.

ثم إن قلنا: بأن نفس الالتزام بمضمون العقد في الحقيقة راجع إلى إسقاط حق الخيار معنىً، فلا إشكال في نفوذه وسقوط الخيار، ويدلّ عليه - مضافاً إلى ما يستفاد من الروايات السابقة - عموم سلطنة الناس على أموالهم، وكذا لا إشكال أيضاً في ارتفاع الخيار، لو قلنا بأنه لا معنى للخيار إلا قدرته وسلطنته على ردّ العقد وامضائه، أعني الالتزام بالعقد، بمعنى جعل الالتزام طرفاً للتخير، إذ يكون حال الالتزام على هذا التقدير كحال الردّ، فكما أنه يرتفع بالردّ كذا يرتفع بالالتزام، ولا يؤثر بقاء الموضوع، أعني العقد على تقدير الالتزام دون الردّ في بقاء الخيار بعد جعله طرفاً للتخير، حيث أن اللزوم نشأ عن اختياره فلا خيار بعده.

وأما إن قلنا بأن التخير إنما هو بين الردّ وعدم الردّ، لا بين الالتزام والردّ، فيشكل التعدي عن مورد الأخبار، والحكم بأن الالتزام بالعقد مسقط للخيار مطلقاً في كل مقام، إذ هو على هذا التقدير حكمٌ تعبدي يقتصر على مقدار دلالة الدليل، وهو مطلق خيار الحيوان بعد إلقاء خصوصية المورد، وأما تعميم الحكم بالنسبة إلى غير خيار الحيوان فلا، إلا أن يدعى أن الالتزام إسقاط للحق عرفاً، وتنزل الرواية عليه لكون التصرف التزاماً، ولا بُد فيه فتأمل.

ثم إن إطلاق القول بكون التصرف مسقطاً للخيار بعد العلم بالغبن، بحيث يشمل صورة الجهل بالحكم، خصوصاً إذا لم يكن الجهل مستنداً إلى تقصير المكلف،

لا يخلو عن إشكالٍ، لعدم دلالته على الرضا بالبيع الذي هو مناط الحكم بالسقوط، ولا وجه لآخراجه عن مورد عموم نفي الضرر، فهو كما يدل على ثبوت الخيار قبل التصرف، كذا يدل عليه بعد التصرف أيضاً.

ودعوى كون الضرر مسبباً عن جهله بالحكم، لا عن حكم الشارع باللزوم بعد التصرف، فهو مستند إلى نفسه لا إلى حكم الشارع، والحديث لا ينفيه ممنوعة، ولو سلمت فهي بالنسبة إلى المقصر، وأما القاصر فلا، وإن سلم استناده إلى جهله أيضاً.

نعم، يمكن أن يقال إن كون التصرف التزاماً بالبيع أمرٌ مركوز في أذهان العقلاء، والجاهل بالخيار لما يأس عن التوصل إلى ما به يتدارك ضرره، لجهله بالحكم، وزعمه لزوم العقد، أقدم على التصرف، والتزم بالبيع، فالالتزام حاصل وإن كان مسبباً عن اعتقاد فاسد فتأمل.

قوله: «وهذا هو الأقوى»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد تأمل العلامة الاستاذ دام ظلّه في قوّته، بل ظهر منه تقوية الوجه الأوّل، أعني كون العقد الثاني متزلزلاً من رأس، كما سيجيء إن شاء الله.

قوله: «وأما مع عدمه، وتملك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين»<sup>(٢)</sup>.

أقول: وظني أن هذا هو الذي قرّره عليه سيّد مشايخنا دام ظلّه. ولا يخفى أن هذا إنما يتم لو لم نقل بوقوعه متزلزلاً من رأس، وإلا فلا حاجة إلى فسخ مغاير للفسخ الصادر عن المغبون، إذ بفسخه يفسخ الثاني قهراً، كما لا يخفى.

١- كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ١٧.

٢- كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٢٣.

هذا، والذي يظهر لي قوة القول بلزوم تحصيل العين في الصورة المفروضة، إذ الانتقال إلى البديل إنما هو لأجل التعذر، وقد ذكرنا أنه ينتقل في باب الضمانات عند تعذر العين إلى ما هو أقرب إليها، وفرعنا عليه وجوب دفع المثل في المثلي، وقلنا بأن الانتقال إلى القيمة مرتبة متأخرة عن هذه المرتبة، إنما ينتقل إليها بعد تعذر المثل، كما هو الشأن في القيميات، وقد مر تفصيله في قاعدة ما يضمن بصحيحه، فراجع، ومعلوم أنه لا شيء أقرب من تضمن العين إليها، فيجب تحصيلها من باب المقدمة ودفعها إلى المغبون فتأمل.

قوله: «ومنه ما لو وجد العين مستأجرة، فإن على الفاسخ الصبر إلى أن تنقضي مدة الإجارة»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا هو الذي تقتضيه القاعدة التي ذكرنا، من تبعية المنفعة الدائمة للملك المطلق، ضرورة سببته لأكل أموال الناس وفتح باب الأكل بالباطل، حيث أن المشتري بالبيع الشرطي يستوفي منافع خمسين سنة بالإجارة، ثم يرد العين مسلوبة المنفعة إلى البائع، ولو قلنا بجواز الاستيفاء والرد مطلقاً، من دون فرق بين أن يكون المستوفي للمنفعة هو ذو الخيار أو الطرف الآخر، فيصير الأمر أشنع، مع أن المركز في أذهان أهل العرف والمتشرعة بل العقل استنكار هذا المطلب، بل لو ألقى على أحد من أهل المتشرعة مثل هذا المطلب لكان عنده من الغرابة بمكان.

اللهم إلا أن يقال، هذا إنما هو بالنظر إلى الخيار المحرز بناء المتعاقدين فيها، وأن مقصودهم من اشتراط الخيار إرجاعها، بحيث ينتفع بها، فيكون التباني بمنزلة الاشتراط الضمني، ولا كلام فيه حينئذٍ، وأما الكلام في الحالي عن الشرط كما في الخيارات القهرية بهذه المنزلة من الاستبشاع محل تأمل، فتأمل.

وهذا الذي ذكرنا وإن كان مجرد استبعاد لا يرفع اليد بسببها عن الدلالة

المعتبرة، إلا أنّ وجود دليل معتبر في مثل المقام، بحيث تطمئن به النفس - ولا يضره مثل هذه الموهنات - قلّ ما يوجد في أمثال المقام، فالألزام في مثل المقام، أمّا الالتزام بكون ملكيّة المنفعة أيضاً كملكيّة العين متزلزلة كما تخيّل بعض، وأمّا الالتزام باجراء دليل نفي الضرر، والحكم بوجود تدارك منفعة زمان بعد الفسخ، أو بدعوى قضيّة حكم العرف برّد المنفعة بعد الفسخ، وتنزيل أدلّة الخيار عليها، فيكون حكم العرف الفارق بين استيفاء منفعة زمان بعد الفسخ، وبين فوات بعض أوصاف البيع، ولعلّ هذا الأخير لا يخلو عن وجه، كما أنّه لو قيل بعموم نفي الضرر بحيث يشمل المورد أيضاً له وجه، ولعلّ الأوجه منه الأوّل، أعني تزلزل المنفعة بتقريب أن يقال إنّ ملاك كون المنفعة بالاستقلال يقابل بها الثمن، أمّا هو لأجل افرازها بنظر العرف واعتبارها كالموجود بنحو من الاعتبار، وإن كان لا يتقوّم ببقاء المال على الملكيّة، بل يصحّحه ملكيّة آنأما، ولكن نقول، هذا إذا كانت الملكيّة مستقرّة، وأمّا لو كانت الملكيّة متزلزلة، فلا يعقل فيه هذا المعنى إلاّ على نحو التزلزل، وسرّه أنّ هذا الملك الانتزاعي أمّا انتزع المعتبر عن تحقّقها الخارجي المتقوّم بالعين التابع له في الوجود، وجعل هذا الوجود الانتزاعي مناطاً للحكم ومنشأً للأثر، فيكون بمنزلة المعاني الحرفيّة الغير المستقلّة إذا لاحظها العقل بعنوان إجمالي مستقلّ برأسه مرآة لتلك المعاني، فيحكم عليها بحكم من حيث كونها عنواناً ومرآة للمعنون، ومن المعلوم أنّه لا يعقل تغاير العنوان والمعنون ذاتاً، وأمّا التّغاير بينهما بالاستقلال وعدمه، فكذا فيما نحن فيه، فإذا كانت ملكيّة المتبوع متزلزلة، كيف يُعقل أن تكون ملكيّة التّابع الذي لا وجود تبعيّاً غير متزلزل، وإذا لم يكن للتّابع إلاّ هذا التّحوّل، لا يعقل أن يغيّره متبوع منه في الماهية، لما عرفت من أنّ العنوان لا بدّ وأن يتّحد مع المعنون فلا حظ وتأمّل، فإنّه لا يخلو عن دقّة.

ولأجل ما ذكر تردّد شيخ مشايخنا في المسألة، بل لعلّه مال إلى لزوم التّدارك، أو انفساخ الإجارة، وفاقاً للمحقّق القمي، ولعلّه ستتضح المسألة فيما بعد إن شاء الله.

قوله: «فالظاهر ثبوت الشَّرْكة بنسبة تلك الزَّيادة...»<sup>(١)</sup>.

أقول: وجهه أنَّ للأثر الباقي بعد الانتقال نحو وجودٍ واعتبارٍ في نظر العرف، يزداد لأجله الثَّمن، فهو وإنَّ كان لا يقابل في حدِّ ذاته بالثَّمن، إلَّا أنَّه موجبٌ لازدياد ثمن المتَّصف به، وبعد صدق كون هذا الوصف للمُحدِّث، وأنَّ له في متعلَّقه حقًّا بسبب علمه فعلاً، فكلَّمَا زاد من الثَّمن لأجل حقِّه فهو له، وهذا بخلاف ما لم يكن فيها أثر فعلاً يوجبُ زيادة الثَّمن، فاستحقاقه من الثَّمن ليس من حيثُ احترام عمله، بل إنّما هو لأجل ثبوت الحقِّ فعلاً.

وأما التمسُّك باحترام عمل المسلم في حدِّ ذاته، مع قطع النظر عن اقتضاء الأثر الثَّابت لذلك، فقد تأمَّل فيه سيِّد مشايخنا، نظراً إلى أنَّ ما كان بنفسه لا يكون مضموناً على غيره، فلا يكون محترماً على الغير، إذ الاحترام إنّما يكون لو كان العمل للغير لا لأجل نفسه، فعلى هذا لو نوقش في اقتضاء الأثر الباقي لذلك بمقايسته على صورة التَّلف، وإنَّ كان في غير محلِّها، ينبغي أنْ يلتزم بعدم الاستحقاق، كما لو لم يبق لعلمه أثرٌ يوجب زيادة القيمة.

ويمكن أن يقال: أنَّه بعد بقاء أثر العمل، وانتقاله إلى الغير، فكأنَّ العمل بنفسه باقٍ، وكأنَّه يقع لذلك الغير، بحيثُ لو لم يترتَّب عليه استحقاق شيء، يصدقُ عليه عرفاً أنَّ المتَّخذ بالعين قد ضيَّع عمله وأبطله، فيصحُّ التمسُّك بدليل الإحترام لنفسه، فتأمَّل.

قوله: «ولو كانت الزَّيادة عيناً محضاً كالغرس...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: الاحتمالات المتصوَّرة في المقام تسلَّط المغبون على القلع بلا أرش، أو مع الأرش، أو إبقائه على الأرض مع الأجرة، أو عدمها بعد منعه عن القلع، أو تسلَّط

١ - كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٣٥.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٧٦ سطر ٢٨.

الغابن على القلع دون الإبقاء مع أرش الطم، أو بلا أرش، أو تسلطه على الإبقاء أيضاً بلا أجرة، أو مع الأجرة أو تسلط كل منهما على تخليص ماله وتدارك ما يتضرر به الآخر، أو من دون تدارك وإن تضرر به من تضرر.

أما وجه تسلط المغبون مطلقاً بلا أرش، فلكونه مسلطاً على ملكه، وعدم جريان نفي الضرر الذي هو المنشأ لاحترام مال الغابن، بعد إقدامه على الغرس في الملك المتزلزل المعرض للزوال.

وأما سلطنته على إبقائه مع الأجرة، ومنعه على القلع فلاستلزام القلع تصرفاً في ملكه، وهو مسلط على منعه.

وأما الأجرة، فلتفويت المنفعة عليه، فهو كمن شغل ملك الغير بما منعه، بحيث لا يمكن له تخليص الملك، أما مطلقاً أو في زمان له أجرة عادةً، وهذا لا يخفى ما فيه. وأما سلطنته على منعه عن القلع والإبقاء بلا أجرة، فهذا الاحتمال وإن كان في حد ذاته أيضاً ضعيفاً، إلا أنه أقوى من سابقه.

وأما وجه سلطنته على المنع، فلما عرفت، ووجه عدم استحقاقه للأجرة فلأن للمشتري الأمتناع منها، حيث أنها ملكه وهو مسلط عليها، وله أن يقول أما إبقه بلا أجرة أو إقلعه.

وأما وجه سلطنته على القلع مع الأرش، فلمنع اقتضاء التزلزل نفي الاحترام، وأن السلطنة على ماله لا يقتضي أزيد من تسلطه على القلع.

وأما نفي الأرش المنافي لاحترام مال المسلم فلا، فقتضى دليل نفي الضرر استحقاقه للأرش، وسيجيء مزيد توضيح لذلك.

وأما وجه استحقاق الغابن الإبقاء بلا أجرة، فبدعوى كونه بمنزلة إجارة العين في استيفاء منفعة العين من حين الغرس، وأنه غرس وقع بحق، فكأنه استوفى من حين الغرس منفعة الأرض ما دامت مشمولة بهذا الغرس، وهذا المقدار من النقص ورد على العين قبل الفسخ، لا تنتقل إلى المغبون، إلا العين المسلوقة منفعتها بالنسبة



إلى هذه المنفعة الخاصة، ويتفرّع عليه جواز القلع بلا أرض طمّ الأرض.  
 وأما سلطنته على الإبقاء مع الأجرة، فبدعوى عدم اقتضاء الوضع بالحقّ حقاً  
 أزيد من هذا المقدار، ولعلّ هذا الوجه أوجه من سابقه.  
 وأما وجه سلطنة كلّ منهما على تخليص ملكه مع الأرض، فلما ذكره  
 المصنّف رحمه الله.

وأما بلا أرض، فلاقتضاء كمال السلطنة لذلك.  
 هذا ملخص وجه الاحتمالات في المقام، وأما تحقيقها بحيث يتبيّن الصحيح من  
 السقيم فيحتاج إلى تأمل تامّ.  
 والذي ينبغي أن يقال: إنّه لا وجه للإلتزام بارتفاع احترام مال الغارس، بعد  
 فرض كون الأرض ملكاً له حال الغرس.

وأما ما توهمه: الخصم من كونه مقصّراً ومُقَدِّماً على التضرّر بغرسه في ملك  
 متزلزل، فلا تشمله أدلّة نفي الضرر.

ففيه: أنّ الغرس المتزلزل لا يُعدُّ تقصيراً عرفاً، حتّى يوجب ارتفاع حرمة  
 ماله، ويكون مُقَدِّماً على التضرّر أبداً، أما في حال عدم العلم بالغبن وثبوت الخيار  
 فواضح، لكونه غافلاً عن الواقع، ومعتقداً أنّه ملكه الثابت المستقرّ الذي ليس لأحد  
 فيها حقّ.

وأما في حال العلم والإنفات، فلما سبق من أنّ الإقدام على محتمل الضرريّة  
 برجاء أن لا يتضرّر، ليس إقداماً على الضرر، خصوصاً بعد قوّة احتمال البقاء ولو  
 بعد الفسخ على نحو من الأنحاء، أمّا ببذل الأجرة، أو باسترضاء المالك، أو  
 باستحقاق البقاء، أو غير ذلك من الاحتمالات.

والحاصل: أنّه لا يُعدُّ هذا الفعل بنظر العقلاء إقداماً على الضرر، حتّى لا  
 يشمله أدلّة نفي الضرر، فلا يكون هذا الشخص مقصّراً في فعله، لا لأجل اتّكاله  
 على احترام ماله شرعاً، وعدم جواز الاضرار عليه، ولو على تقدير الفسخ، حتّى

يقال إن الاحترام إنما هو في صورة عدم التقصير، فلا يصح احراز نفي التقصير بدليل الاحترام، بل لما عرفت من عدم كونه مُقَدِّماً على الضرر عرفاً حتى لا تشمله الأدلة.

نعم، يمكن أن يدعى في صورة قوّة احتمال الفسخ، لما كان من المستبعد عند العرف انتقال العين إلى الآخر، وبقاء الشجر في ملكه دائماً، بمعنى أنه في مثل هذه الموارد غالباً، أما ينقله إلى صاحب الدين، أو ينتقلان إلى ثالث، بمعنى أنه ليس بعد الانتقال هذا ملكٌ يدوم له دائماً، فهو في حدّ ذاته، لعدم مملوكيّة محلّها في عُرضة الانتقال إلى الغير، فعلى هذا لا يبعد دعوى ارتفاع حرمة بالنسبة إلى خصوصيّة الشخصية، لا بالنسبة إلى قيمتها، فيتفرّع عليها بعد تسليم الدّعى أن للمالك بمقتضى ذلك القلع بعد الأرض، ولا يخفى أنه لو تمّ أنما هو بالنسبة إلى الملتفت دون الغافل، فقتضى دليل نفي الضرر، عدم جواز القلع بلا أرض مطلقاً، بل ومع الأرض أيضاً، خصوصاً لو لم يعلم بالحال، أو عُدّ مثله ضرراً عرفاً.

وأما دليل سلطنة المالك على ملكه، فلا يقتضي ابقائه على ملك الغير، وإن كان مقتضاه تسلّطه على عدم تبديل ماله بمال آخر، إلا أن سلطنة مالك الأرض على تخليص ملكه معارضٌ بذلك، بل هو مقدّم عليه وحاكمٌ بالنسبة إليه، إذ بعد سلطنته على تخليص ملكه، يجب على من شغلها تفرّغه، فيما يترتب عليه من التّفرّغ يجب عليه تحمّله من باب المقدّمة.

نعم، لو تضرّر بذلك فهو أمر آخر ينظر إلى جريان دليل نفي الضرر بالنسبة إليه، ويحكم على طبق ما يقتضيه، هذا حال الغابن بملاحظة نفي الضرر ودليل السلطنة.

وأما حال المغبون فنقول إيقائه بلا أجرة ضرر عليه، ومنافٍ لسلطنته، كما أن الإبقاء مع الأجرة منافٍ لسلطنته.

وأما كونه ضرراً عليه عرفاً حينئذٍ ففيه تأملٌ، وقلعه بلا أرضٍ ضررٌ على

الغارس، وأما كونه منافياً لسلطنة الغارس، فقد عرفت ما فيه، فتعين القلع مع الأرض، وأما ما يترتب عليه من تحمّل الأرض، فلا ينفيه دليل نفي الضرر بالنسبة إليه، لكونه مُقَدِّماً عليه بداعي تخلص ملكه، فهو حينئذٍ كسائر المخارج التي تتوقف عليها التصرفات كأجرة الطمّ، وليس هذا منافياً لسلطنته أيضاً، إذ السلطنة لا تقتضي إلا جواز القلع، وأما كونه بلا مصارف فلا، كما لا يخفى. ولا يقاس هذا بما لو حفر البئر في ملكه وتضرّر الجار بسببه، حيث حَكَمُوا فيه بعدم الضمان، لظهور الفرق بين المقامين حيث أنّ التصرف فيما نحن فيه متّحدٌ وجوداً مع التصرف في ملك الغير الذي يتضرّر به ذلك، فنفس التصرف في حدّ ذاته إضرارٌ، وهذا بخلاف المثال فإنّ التصرف فيه موجبٌ للضرر وسببٌ له، ومعلوم أنّ التسبّب ليس بنفسه موجبٌ للضمان ما لم ينضمّ إليه عنوانٌ آخر، كما في صورة كون المسبّب أقوى من المباشر، بحيث يعدّ المباشر آلةً له ويُستند الفعل إليه حقيقةً عرفاً، ولذا ترى الفقهاء لا يلتزمون بالضمان فيما لو أحرق النار في ملكه بمقدار حاجته ويضرّ الجار بها، وأما لو أجحف فيها وأضرّ بالجار، فلو التزموا بالضمان فإنّما هو لأجل طرؤ عنوان آخر، فراجع في نظائر المسألة، وكيفية استدلالهم عليها وتأمل.

ويمكن الاستدلال لثبوت الأرض بصدق الإلتلاف، فيثبت أنّ الضمان على المتلف، وكونه مسلطاً على القلع ومأذوناً فيه من قبل الشارع، لا يقتضي إلا نفي حرمة، وأما نفي الضمان فلا، كما لو اضطرّ إلى أكل مال الغير لحفظ نفسه فيضمن، فتأمل.

وكذا الكلام بالنسبة إلى الغابن، لو أراد تخلص ملكه، فله بمقتضى سلطنته قلع الغرس، وعليه أرش طمّ الأرض بمقتضى ما ذكرنا في عكسه، فعلى هذا الأقوى في المسألة ما ذهب إليه المصنّف رحمه الله، وعليك بالتأمل في المقام.

قوله: «وإن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس...»<sup>(١)</sup>.  
 أقول: طريق معرفة أرش الغرس، بعد فرض عدم استحقاق مالكه للإبقاء،  
 أن يُقوّم الشجر بوصف كونه مستقراً في أرضٍ يستحق صاحبها في كلّ سنة أجرتها،  
 فيكون حاله كحال الأشجار المغروسة في كثير من القرى، حيث أن صاحبها غالباً  
 مغاير لأرباب الأرض التي يفرسها فيها، ويدفع إليها في كلّ سنة أجرة الأرض،  
 ومع ذلك يتفاوت قيمتها حال كونها منصوبة، عنها حال كونها مقلوعة، فتفاوتاً بيناً  
 خصوصاً في الأماكن التي ليس للشجر بعد القلع عزّة لكثرة وفور الحطب فيها، ألا  
 ترى أنهم يبيعون البساتين الواقعة في ملك بقيمة ليس لأشجارها بعد تلفها عشر  
 هذه القيمة.

قوله: «فاذا فسّخ غرّم قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ»<sup>(٢)</sup>.  
 أقول: لا وجه لاعتبار قيمته يوم التلف بعد فرض وقوعه في ملكه، إذ الفسخ  
 لا يؤثر إلّا في استحقاقه العين أو ما في حكمه من حينه، كما لا يخفى.

\*\*\*

١ - كتاب المكاسب: ٢٤١ سطر ١٠.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٤١ سطر ٣١.

## [في فورية خيار الغبن]

قوله: «فلا يخفى أن هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: توضيح المقام أنه لا شك ولا شبهة في أن أفراد العموم أولاً وبالذات إنما هو أشخاص البيوع، لأن معنى «أوفوا بالعقود» ليس إلا وجوب الوفاء بكل عقد في كل زمان، بحيث يكون كل زمان موضوعاً لوجوب الوفاء، فليس ممّا يمكن إرادته من هذا العام، بل لو ثبت فأنما هو بدليل آخر، لأن الأزمنة بالنسبة إلى هذا العام من أحوال الفرد فلا يعقل أن يكون في عرضه موضوعاً لهذا الحكم.  
نعم، يمكن أن يستفاد استمرار الحكم من هذا الدليل من دون أن تكون الأزمنة مكررة لأفراد العام بأحد وجوه ثلاثة على سبيل منع الخلو:  
أحدها: أن يقال إن مادة الوفاء تقتضي الاستمرار والدوام، لأن الوفاء بالعهد عرفاً لا يتحقق إلا بالالتزام بمؤداه في يوم ونفقته في يوم آخر، إذ لا يعتبر في النقص عرفاً عدم الالتزام رأساً، بل التخلف عن مؤداه في الجملة كافٍ في صدق النقص

على الإطلاق الذي هو تقيض الوفاء، فيعتبر في صدق الوفاء الذي هو نقيضه الالتزام الداعي، لقاعدة المناقضة.

وحاصل هذا الوجه: دعوى عدم صدق الوفاء بالعهد، إلا بالالتزام الدائم، وأنه معنى بسيط غير مُقسّط على الأزمنة، حتى يقال في المثال المتقدم أنه وفى بالعهد في بعض الأيام ونقضه في بعضها.

الوجه الثاني: أن يتمسك بإطلاق المادة، بدليل الحكمة، بأن يقال الوفاء أنا ما غير مفيد، وإرادة بعض الأزمنة الغير المعيّنة لغو، والأزمنة المعيّنة تحتاج إلى بيان زائد، وإهماله قبيح، فيتعين إرادة الوفاء المطلق<sup>(١)</sup>، أي المستمر في جميع الأزمنة. وإلى هذا الوجه يرجع ما في جامع «المقاصد».

وأنت خير بأن إطلاق المادة لا يوجب زيادة في افراد العام، كما أن تقييدها لا يوجب تخصيصها فيها، فيكون المعنى على هذا يجب في كل عقد وفاء مستمراً، ومعلوم أنه لو ثبت على هذا عدم وجوب الوفاء المستمر في عقد، يكشف ذلك عن خروجه عن العام، وكون العام مخصّصاً بالنسبة إليه، فلا يصح التمسك بالنسبة إليه بهذا العام، بل لا بد فيه من الرجوع إلى القواعد، كما أن الوجه الأول أيضاً كذلك، ضرورة أنه بعد البناء على أن الوفاء لا يتحقق إلا بالالتزام به مستمراً، يكون معنى

---

١ - أقول: بل الوفاء مطلقاً، أي طبيعة الوفاء من حيث هي لا بشرط الإطلاق، فيكون إطلاقه كإطلاق وجوب الإنفاق على الزوجة، وإطلاق حرمة الجلوس في المسجد على الجنب، لا الوفاء المقيّد بقيد الإطلاق كي يكون خروج الفرد في الجملة منافياً لإرادته من العلم، فإذا ثبت عدم وجوب الوفاء في زمان، يكون بمنزلة ما ثبت عدم وجوب الإنفاق على الزوجة عند نشوزها، وكجواز جلوس الجنب في المسجد لأخذ ما وضعه فيه، وهذا لا يقتضي إلا تقييد إطلاق الحكم لا تخصيصه، فأصالة عدم التخصيص في جميع هذه الموارد سليمة عن المعارض، وهي بمنزلة الأصل الموضوعي لأصالة الإطلاق، حيث أنه بعد احراز إرادة الفرد من العام بأصالة العموم يتمشى قاعدة الحكمة بالنسبة إليه، لإفادة إطلاقه، وهي إنما تقتضي إطلاقه فيما عدا المقدار الذي دلّ الدليل على عدمه، فيقتصر في رفع اليد عما يقتضيه أصالة الإطلاق على القدر المتيقن من التقييد، فليتنامل.

وجوب الوفاء وجوب الالتزام المستمر، فإذا دلّ دليلٌ على ثبوت الخيار في عقدٍ يكشفُ ذلك عن كون هذا الفرد خارجاً عن تحت حكم العام، كما في سابقه، فلا يجوز التمسك في زمان الشك بعموم العام.

وتوهم: إمكان التمسك باطلاق الهيئة كإطلاق المادة، فيثبت وجوباً مطلقاً للمادة المستمرة، ولازمه صحة التمسك في كل قطعة من الزمان بالوجوب، لأنطباقه على هذا التقدير على جميع الأزمنة.

مدفوع: بأن منشأ الغفلة عن مقتضى اطلاق الهيئة، لأن مقتضى إطلاق الهيئة كون الواجب مطلقاً مشروطاً بشيء، لا كون الوجوب سارياً في جميع الأفراد، حتى يستفاد منه عموم الوجوب، فتثبت به وجوبات متعددة بتعدد قطع الزمان.

هذا كله بعد الغرض عما تقدم من أن الإطلاق في الهيئة والمادة تابع للعموم، وإلا فبعد الإذعان بذلك لم يبق مجال لهذا التوهم من أصله، كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال، إن ثبوت الخيار في الجملة لا يقتضي خروج العقد الخارجي عن عموم العقود مطلقاً، ولذا يتمسك بالعموم في الموارد التي تحقق سبب الخيار بعد مضي زمان، بل مقتضاه ليس إلا تقييد الوفاء بالنسبة إلى هذا الفرد، بغير الزمان الذي يثبت خروجه، فاطلاق الطلب بالنسبة إلى الوفاء المقيّد سليم عن المراحم، فتأمل.

الوجه الثالث: أن يقال إن المستفاد من الآية كون العقد مقتضياً لوجوب الوفاء به مطلقاً، للمناسبة بين الحكم وموضوعه، كما قد يدعى مثل ذلك في قولك «أكرم العلماء» بمساعدة فهم العرف، للمناسبة بين وجوب الإكرام والعلم، ومقتضى هذا الوجه جواز التمسك بهذا العام مطلقاً، ما لم يثبت مخصص، ومتى ثبت مخصص فلا بد من أن يكون مانعاً عن تأثير المقتضي، فيقتصر في رفع اليد عن العموم على القدر الثابت، وفيما عداه يرجع إلى العام، وليس هذا في الحقيقة تمسكاً بالعموم، ولكنه بمنزلة العام في الآثار من حيث جواز التمسك به بعد زوال المانع، ففي المثال

المتقدّم لو علم أنّه يجبُ إكرام الفسّاق من العلماء متى صدر الفسق مِنْ عالمٍ، يُرفع اليد عن إكرام العلماء بالنسبة إليه ما دام فاسقاً، وبعد زواله وعروض مَلِكَة العدالة نحكم بوجوب الإكرام<sup>(١)</sup>، لأجل ذلك الدليل بعينه لا لدليل آخر.

ويؤيّد هذا الوجه استدلال العلماء بالآية الشريفة في لزوم البيع وغيره من العقود، مع أنّ البيع لا ينفكّ غالباً عن خيار في الجملة، ولا أقلّ من خيار المجلس وخيار الحيوان، مع أنّ مقتضى الوجهين السابقين خروج مثل هذه العقود عن تحت الآية، وكونها مخصّصة بالنسبة إليها، وكفى به موهناً للوجهين السابقين، مع أنّ هذا الوجه في حدّ ذاته أرجح بمقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع.

نعم، يمكن التفضي عن التزام خروج البيوع بأسرها، بتقييد الوفاء بالنسبة إليه بعد الزّمان الأوّل، أعني ما لم يفترقا أو ثلاثة أيّام في خيار الحيوان، ولكنّه مع خلوه عن التّلف يُجدي في الخيارات التي تتحقّق في أوّل زمان صدور العقد، لا ما يتجدّد في الأثناء، بحيث يُقطع الاستمرار، فتأمّل.

واعلم أنّ مقتضى ما ذكرنا في التّوجيه الأخير أنّما هو جواز الرّجوع إلى حكم في صورة ما إذا لم يكن في المقام أصلٌ موضوعي، وإلاّ فهو حاكمٌ على ذلك، فهذا الوجه لا يُجدي لما ذهب إليه المحقّق الثّاني ﷺ بعد تسليم استصحاب الخيار وعدم المناقشة بكونه شكّاً في المقتضي، لأنّه على هذا التقدير بمنزلة المانع بالغلبة. نعم، أنّما يجدي لو لم نقل بذلك، ولكنّه على هذا التقدير تُغنينا أصالة اللّزوم المستفاد من غيرها من الأدلّة عن الاستدلال بها.

قوله: «نعم، لو توقّف الفسخ...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: يمكن تصحيح المطلب بوجه آخر بأن يقال إنّ غاية مفاد أدلّة الخيار

١ - في الأصل: وجوب العدالة.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٤٤ سطر ١٢.



ليس إلا جواز الفسخ له بشرط الردّ، كما في الخيارات الجعلية، حيث أنّ المتعارف في البيوع الخيارية جعل الخيار للمشتري، بشرط ردّ الثمن المثل، وليس المقام ما يقتضي ثبوت الخيار له مطلقاً، بل أقصى ما يستفاد منها أنّ للمغبون أخذ ماله بعد تسليط الغابن على ما أخذه بعينه على تقدير وجوده، وعند التعذر مثله أو قيمته، فله الفسخ بشرط التسليط لا مطلقاً، وهذا المعنى لا يتوقّف على سبق زماني حتّى يتوهّم أنّ الالتزام به مشكّل كما لا يخفى، ولعلّ من اعتبر إمكان الردّ في إبقاء الخيار، وزعم أنّ التعذر مسقط له نظراً إلى هذا المعنى.

والإنصاف أنّ دعواه ليست بعيدة، نعم، سقوط الخيار بتعذر الخصوصية فيه ما تقدّم، فلاحظ وتأمل.



## [في خيار التأخير]

قوله: «ظهور الأخبار في الفساد في محله...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: الإنصاف تسليم الظهور في محله، وإلاّ ففهم العلماء غير مجدي في رفع اليد عن الظواهر، الثابت اعتبارها بالخصوص، ما لم يكشف عن قرينة واصله إليهم تخفية علينا، كما حققه المصنّف في الأصول.  
ودعوى: كشفه عن القرينة في المقام.

ممنوعة: أشدّ المنع، بل الظاهر استنادهم في ذلك إلى نفس الأخبار، لا لدعوى أنّ لا بيع بينهما أو لا بيع له ظاهر في نفي اللزوم، لكونه الأثر المقصود من البيع المنسب إلى الذهن، عند تعذر الحمل على معناه الحقيقي، وإن كان هذا أيضاً لا يخلو عن وجه، كما تقدّمت هذه الدعوى في ردّ من استدلّ على بطلان بيع الفضولي بقوله «لا تبع ما ليس عندك» ولا «بيع إلا في ملك»، بل لخصوصيّة في المقام، وحكمة الحكم من كونها إرفاقاً للبائع، واعتضاد الصحة بعد رضا البائع بالصبر أمرٌ

مركوز في أذهان العقلاء بصرفهم عن سؤال حكمها على هذا التقدير، فإنَّ الأسئلة كلها منزلة على أنَّه هل للبائع إبطال هذا البيع أم يجب عليه الوفاء بالعقد؟ كما أنَّ هذا المعنى هو المصرَّح به في رواية ابن الحجَّاج، ومعلوم أنَّه في مثل هذه الموارد لا يتبادر إلى الذهن من البيع، إلَّا أنَّ للبائع إبطاله وعدم وجوب الوفاء به، بل الإنصاف أنَّه لو كان المصرَّح به في الأخبار التعبير ببطان البيع لأمكن دعوى انصرافه، لأجل القرائن المذكورة إلى ما ذكر، فكيف مع تعبيره في غير واحدٍ من الأخبار بأنَّه «لا بيع للمشتري» الظاهر في أنَّ للبائع الرضا بالصبر، ولا يضرُّ قوله في رواية ابن يقطين «فلا بيع بينهما»<sup>(١)</sup> بعد معلومية اتحاد المقصود في جميع الأخبار.

هذا كله مع إمكان أن يقال بعد الدَّعوى المذكورة من كون الأسئلة منزلة على صورة عدم الرضا بالصبر، وكون الروايات ناظرة إلى بيان الحكم في هذا الفرض، أنَّه لا مانع من حمل نفي البيع على نفي الصحة، حيث أنَّ إظهاره عدم الرضا بالبيع وطلبه ما يتفصَّى به عن هذا البيع ردُّ للبيع وأخذ بالخيار، فلاحظ وتأمل.

قوله: «ولا أعلم له وجهاً»<sup>(٢)</sup>.

أقول: احتمال السقوط عن النسخ الواصلة إليهم، كاحتمال قراءة «البيع» بالتشديد في غاية البعد، بل الظاهر أنَّ الوجه فيما ذهبوا إليه إنكار ظهور هذه الفقرة فيما استظهره المصنّف، لإجمالها وترددها بين معانٍ مساوٍ لهذا الاحتمال أو أرجح.

بيان ذلك: أنَّه يحتمل أن يراد من قوله عنه «فان قبضه بيعه» معانٍ:

أحدها: ما استظهره المصنّف رحمته بأن يكون المراد، فإن قبض البائع المشتري مبيعه فالبيع لازم، فيكون قبض بالتشديد، و«البيع» بمعنى المبيع، والجزاء ساقط.

وثانيها: هو هذا المعنى، إلَّا أنَّه يُقدَّر الجزاء، فله ذلك وإلَّا فلا بيع، فعلى هذا

١- وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٩ ص ٢٢.

٢- كتاب المكاسب: ٢٤٥ سطر ٩.

يكون تحقيقاً لمعنى الخيار، فحاصل المعنى على هذا أن الأمر بعد ثلاثة أيام يرجع إلى البائع، فله الامضاء والرد، فيكون قوله **«قَبْضُهُ»** كناية عن الإمضاء، وهذا المعنى مرجوح بالنظر إلى غيره من المعاني.

وثالثها: أن يكون «بيعه» خبراً عن مبتدئ محذوف، ويكون المجموع جزاء للشرط، وتقديره فان قبضه فالبيع بيعه، وعلى هذا التقدير أيضاً صالح لكلا المعنيين السابقين، بأن يكون عبارة عن لزوم البيع بالقبض، وأن يكون بياناً لكون الأمر إليه.

ورابعها: مثل السابق، ولكن يجعل المشتري فاعلاً، والضمير راجعاً إلى الثمن، فعناه الأجل بينهما ثلاثة أيام، فان قبض المشتري الثمن في أثناء المدة فالبيع بيعه، وإلا فلا بيع بينهما.

خامسها: قراءة «قبضه» بالتخفيف، فيكون البائع فاعل القبض، والمفعول الثمن، فعناه أن قبض البائع الثمن، يعني وصل إليه ثمنه في أثناء المدة، فالبيع بيع للمشتري وإلا فلا بيع بينهما، وهذا الوجه لا يحتاج إلى إضمار المفعول الثاني، كما في بعض الصور المتقدمة.

وأنت خير بأن دعوى الظهور في المعنى الأول، بعد قيام هذه الاحتمالات في غاية الإشكال، بل لو لم نقل بمساواة هذه الاحتمالات كل منها بالخصوص للاحتمال الأول، لأمكن دعوى أن كثرتها مانعة عن استقرار ظهوره في المعنى الأول، هذا كله مع إمكان دعوى أرجحية بعض الاحتمالات عن الوجه الأول، لأن الحمل على معناه مسامحةً بلحاظ آثاره أرجح من حمله على المبيع، مع أن تشديد «قبض» أيضاً لا يخلو عن بُعد، فلاحظ وتأمل.

قوله: «لأن المتبادر من النص غير ذلك...»<sup>(١)</sup>.

أقول: انصرافه عما اشترط فيه تأخير ساعة أو ساعتين، أو ما يقاربهما محل

تأمل، بل منع، فالأظهر ثبوته لو لم يكن ثمة إجماع، فلاحظ الكلام فيما يتعلق بمورد خيار الرؤية.

\*\*\*

## [في خيار الرّؤية]

قوله: «ولا أجد أوثق من أن يقال إنَّ المعتبر هو الغرر العرفي...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: ما ذكره ﷺ هو الذي يقتضيه التّحقيق، ولا يذهب عليك ما ذكرنا في بعض المباحث المتقدّمة، من أنّ المدار في صدق الغرر عرفاً، هو اشتغال المعاملة على خطر زائد على ما هو المتعارف في أنواع المعاملات، إذ قلّمّا توجد معاملة لا يوجد فيها خطر أصلاً، ولو بملاحظة بعض الأوصاف الشّخصية، بل يمتنع عادة الاطلاع بجميع أوصاف المبيع التي تختلف بسببها القيمة، والأغراض الشّخصيّة في كثير من الموارد، مع أنّه لا يبعد بيعها غررياً عرفاً بعد مشاهدتها أو توصيفها ببعض أوصافها، كما في العبيد والاماء وسائر الحيوانات.

قوله: «والثاني فاسدٌ من جهة أنّ دليل اللزوم...»<sup>(٢)</sup>.  
أقول فيه: إنّ دليل وجوب الوفاء ليس منحصرّاً بما ذكر، بل الاستصحاب،

---

١ - كتاب المكاسب: ٢٤٩ سطر ٣٤.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٥٢ سطر ١٢.

وقاعدة سلطنة الناس على أموالهم أيضاً من الأدلة، ولا مانع منها في المقام. اللهم إلا أن يدعى دعوىً حدسياً مستنبطاً من طريقة الفقهاء في جميع أبواب الفقه، مما هو من نظائر المقام، عدم الفرق بين موارد تخلف الوصف عندهم في هذه الأبواب. أو يقال إن التوصيف بمنزلة الاشتراط، والاشتراط عبارة عن التعهد بالوصف، ولا معنى للتعهد بالوصف إلا إيكال الأمر إليه في صورة التخلف، وهذا معنى الخيار، أو يستدل بقاعدة نفي الضرر. وكيف كان، فإنَّ شَيْءٌ مِّمَّا ذَكَرْنَا، كما هو الظاهر فهو، وإلا فمقتضى القاعدة اللزوم.

قوله: «ولو لم ينسجه في الصورتين الأولين»<sup>(١)</sup>. أقول: ويمكن أن يقال في الصورة الثانية أنها كالثالثة، في جواز الزامه بالأبدال بما يكون مساوياً للمنسوج، لأن شرط النسج وإن كان خارجاً عن حقيقة البيع، إلا أنه منشأ لاستحقاقه وصفاً في المبيع، فله مطالبته وعدم قبوله ما لا يكون مشتملاً عليه، وكون التلف في الأعيان الشخصية منشأ للخيار إنما هو لأجل تعذر أداء المبيع متصفاً بالوصف، لتعيينها في ضمن شخص خاص، وهذا بخلاف ما لو كان المبيع كلياً، فإنَّ الأداء ليس متعذراً، فيجب دفع فرد آخر مقدّمةً لأداء حقّه. ومن هذا القليل ما لو باع ثوباً كلياً على أن يصبغه صبغاً أحمر، فصبغ ما هو مصداقٌ لذلك الكلي بصبغ آخر ودفعه إليه، والظاهر أنه لا إشكال في عدم وجوب قبول هذا الفرد، وجواز مطالبة فرد آخر.

والحاصل: أنه ليس مردداً بين فسخ العقد أو قبول هذا الفرد، بل له إبقاء العقد ومطالبة فرد آخر، إذ الحكم بوجوب قبول كل فرد لو اشتغلت الذمة بالكلي،

من جهة عدم استحقاقه أزيد مما دفع إليه، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ له فيه حقّاً زائداً على صرف الطّبيعة، ثابتاً بالشّرط فله المطالبة، وقد صرّح به سيّد مشايخنا في بعض فروضات المسألة الآتية بما يوافق ما ذكرنا.

قوله: «ولو كان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصّفقة...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: هذا إذا تعدّر عليه الأبدال، وإلّا فهو ملزمٌ بدفع البدل، كما أشرنا إليه سابقاً.

\*\*\*



## [في خيار العيب]

قوله: «إطلاق العقد، يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب...»<sup>(١)</sup>.

أقول: فلو اشترى عبداً شخصياً خارجياً، فقد اشتراه بانياً على أنه سالم، فله الخيار عند تخلف الوصف، فلنا في المقام دعويان:

أحدهما: أن الأصل في الأشياء السلامة، بمعنى أنه ما لم يعلم العيب، يعامل معاملة السالم.

والثانية: أن العقد متقيّد بها وواقع عليها، كسائر الأوصاف المأخوذة في المبيع.

أما الأولى: فالظاهر أنه لا إشكال فيه، لاستقرار طريقة العقلاء على الجري عليه من دون اعتناء على احتمال العيب في كثير من المقامات، ومن يعتريه ريبٌ فيما تلوناه عليه فليراجع وجدانه، ألا ترى أنه لو رأيت شخصاً جالساً في مكان وكنت

محتاجاً إليه في قضاء حاجة، تعامل معه معاملة السالم، فأوّل ما تنزل عليه تُسَلِّم عليه وتنتظر الجواب، وتستتر عنه عورتك، وتعرض عليه حاجتك، ولا يخطر ببالك أنّه لعلّه صمّ أو أبكم أو أعمى أو مزمن أو مقعد أو مجنون، وهل هذا إلّا من جهة البناء على أصالة السلامة، ولعلّ المنشأ عندهم لهذا البناء هو الغلبة، أو إحراز المقتضي مع عدم العلم بالمانع، إذ ربّما يرتّبون آثار المقتضى بعد احراز المقتضي، من دون التفاتٍ إلى احتمال طرؤ المانع، إذ لا شكّ أنّه لو أبقيت الطبيعة النوعيّة على حالتها الأصليّة من دون حدوث سانحة فيها، بعد تشخيصها بالمشخصات الخارجيّة، لأقتضت وجوداً معتدلاً سوياً تام الأجزاء بلا منقصة، واحتمال ما يصرفها عن اقتضاها غير معتنى به عندهم، وبهذا التقريب ظهر لك أنّه يمكن أن يقال لعلّ المنشأ عندهم استصحاب عدم المانع، وكونه أصلاً مثبتاً غير ضائر، بعد كونه أصلاً عقلياً.

وكيف كان، فلا يحتاجُ إلى تعيين المنشأ بعدم احراز الحكم، فمقتضى ما ذكرنا هو البناء على صحته عن جميع العيوب، والجري على ما تقتضيه الطّبيعة ما لم يعلم العيب، فتعلّق العيب ما لم يعلم فساده يبنى على صحته، فاذا وقع عليه العقد فقد وقع على ما هو عند العقلاء صحيح وسالم سويّ، فإذا كان العقد من عاقلٍ فقد أوقعه على ما هو عنده سالم، وإذا كان كذلك فلا بدّ من تقييد العقد به، ما لم يتبرّء من العيوب كسائر الأوصاف، إذ العقد إنّما تعلّق بالجزء الخارجي المتشخص بالتشخصات الخارجيّة، فكلّ منها مأخوذ في المبيع معتبر فيه، حيث أنّ العقد لا يقع إلّا على المتّصف بالأوصاف الخارجيّة الموصوفة أو المريّة، فكلّ وصفٍ فرض فهو وصفٌ للمبيع، وإطلاق العقد يقتضيه. نعم، قد يكون بعض الأوصاف نعلم بعدم اعتبارها قيداً للمبيع، وإن كان وصفاً له ككون العبد جالساً أو محاذياً إلى القبلة أو غير ذلك من الأوصاف المعلوم عدم تقييد العقد بها، وثبوت الخيار عند تخلّفها. هذا، ولكن يمكن منع الكلّيّة المدّعاة في المقام، أعني اعتبار جميع الأوصاف

الشخصية في المبيع، إلا ما علم خروجها وعدم الاعتناء بها، بحيث يرجع حين الشك إلى هذا الأصل، ويحكم بالخيار، بل الأوصاف الموجبة للخيار إنما هي الأوصاف الملحوظة المعتبرة عند العقلاء نوعاً، أو ملحوظة عند المتعاقدين حين العقد، إذ المدار في استحقاق المشتري للوصف إنما هو تعهد البائع والتزامه في ضمن العقد، وإذا لم يكن الوصف ملحوظاً لا إجمالاً ولا تفصيلاً، كيف يعقل الالتزام بالنسبة إليه. نعم، الأوصاف المعتبرة فيه عند العقلاء ملحوظة في المبيع إجمالاً، ولو لم يلتفت إليها بالخصوص حال البيع.

والحاصل: أن تحقق الإلزام والالتزام بالنسبة إلى ما لا يكون مقصوداً بالبيع، وملحوظاً في المبيع، غير مُسلم، فكل وصف شك في اعتباره، وكونه منشأ لثبوت الخيار عند التخلف، لا يُعْبَأُ به إلا بعد إحراز كونه من الأوصاف الملحوظة عند العقلاء في مثل هذا البيع، أو علم اعتباره في الموارد الشخصية ووقع التباني عليه، وإلا فأصالة اللزوم محكمة إن لم نقل بأن الأصل عدم تعلق العقد لفائدة هذه الصفة، وقد مرّ الكلام فيه في كلام المصنّف فيما تقدّم، فراجع.

وكيف كان، فلا شبهة ولا تأمل في أن السلامة صفة معتبرة ملحوظة عند العقلاء في الجملة، بمعنى أن كثيراً من العيوب بحيث تعني بها العقلاء، فإذا قدموا على شراء عين يعتبرون عدمها، ولكن لما كان لهم طريق لإحرازها، كأصل السلامة، واستصحاب الأوصاف المرئية، لا يفتشون عن أحوالها، ويوقعون العقد عليها بعنوان كونه سالماً وواجداً للأوصاف المرئية الملحوظة.

نعم، ربّ عيب أو صفة لا يعتني بها عندهم أبداً نفياً وإثباتاً، فلا يتعلّق بها إلزامٌ والتزامٌ حتّى يتقيّد بها العقد، وهذا بخلاف الأوصاف المعتبرة فيتقيّد العقد بها، ويوجب فقدها الخيار لما مرّ فيما سبق من أن التقيّد بالأوصاف في قوة الاشتراط، ويوجب فقدها الخيار لا إبطال العقد رأساً.

هذا إذا كان المبيع شخصياً.

وأما إذا كان كلياً، فانصرف نفسه إلى السالم عن بعض العيوب في الجملة مسلّم، كعدم كونه ذا رأسين، أو غيره ممّا يندر استعمال المطلق فيه لندرة وجوده، إلّا أنّ هذا المقدار من الانصراف لا يفي بما نحن بصدده، إلّا أنّ تعلّق البيع، وكونه في مقام الاشتراء، قرينة صارفة عن إرادة مطلقها الذي يُحمل عليه لو لم يكن في هذا المورد الخاص، مثلاً لو قال «اعتق عبداً» لا ينصرف إلى الصّحيح السّالم عن العيوب، ولكن «اشتر لي عبداً» يستفاد منه ذلك بقرينة المقام، كما لو قال «اثنني بماء أشرب» يتبادر منه بقرينة الشّرب الماء العذب الصّافي، وهذا بخلاف ما لو قال «اغسل ثوبي» فلا يستفاد منه ذلك.

وقولنا: «إنّ الاطلاق في هذا المقام منصرفٌ إلى الصّحيح»<sup>(١)</sup>. لا يخلو عن المسامحة، إذ المتعلّق قرينة صارفة، لا أنّ الإطلاق منصرفٌ، وإنّ أمكن توجيهه بوجهٍ، فتأمّل.

قوله: «وأما الأرض...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: ظاهر اطلاق جواز أخذ الأرض للمشتري في صورة التّصرف، كون الأمر إليه في تدارك ضرره من أوّل الأمر من دون مراعاة حقّ البائع، وإلّا لكان اللازم تقييد الجواز بما إذا لم يرض البائع بالفسخ، وقبول العين التي حصل فيها تغييرٌ، ففي الحقيقة على هذا التّقدير كان اللازم على المشتري الرّجوع إلى البائع، ومطالبة رفع الضّرر الوارد عليه من جهة العيب، أمّا بقبوله ردّ العيب ولو بعد التّصرّف، أو بتدارك الفأث، وهذا خلاف ظاهر الأخبار، واحتمال عدم كون الحكم بالترتيب بمراعاة حقّ البائع، بل كلا الحكمين، أمّا شرّعا لمراعاة حقّ المشتري فقط، ولكن موضوع أحدهما مترتّب على موضوع الآخر مع بُعده في حدّ ذاته، لعدم كون

١ - كتاب المكاسب: ٢٥٣ سطر ٨.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٥٣ سطر ١٦.

الحكم على هذا التقدير مناسباً للموضوع بهذه الخصوصية، يبعده أيضاً عدم سقوط الأرض بالتصرف بعد العلم، إذ حينئذٍ له إيجاد سبب الأرض باختياره، ومن المعلوم غرابة الالتزام بعدم جواز الزامه بالأرض أولاً وبالذات، وجوازه بعد إيجاد مقدمة اختيارية، فهذا الاستبعاد يوجب ظهور الرواية - بعد فرض دلالتها على إطلاق الحكم - في كون اعتبار الخصوصية لأجل تعيين أحد فردي الواجب المخير يستعذر الآخر، لا لبيان حدوثه بمحصول موضوعه، فتأمل.

قوله: «نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من «المبسوط» أن أخذ الأرض مشروطاً باليأس عن الرد...»<sup>(١)</sup>.

أقول: ما ذكره في هذا الموضع رداً على الشيخ، من إطلاق الأخبار، بظاهره ينافي ما سبق منه من منع وجود خبر يدل على التخيير بين الأرض والرد. اللهم إلا أن يقال: إن كلامه ثمة في أصل التخيير من أول الأمر، وقد أنكر دلالة نص عليه، وأما كلامه هنا فأنما هو على قصر الشيخ ﷺ مورد الأرض باليأس عن الرد، فيتوجه عليه الرد حينئذٍ، بأن إطلاق الأخبار يقتضي بعد أن أحدث في المبيع حدثاً، إلا أن مقتضى إطلاقه ثبوت الأرض بعد نقله إلى ثالث مثلاً، إذ يصدق عليه أنه أحدث فيه حدثاً، مع أن الشيخ ﷺ لا يقول به، مع احتمال عوده إليه بنحو من الأنحاء بإرث أو هبة أو نقل جديد، كما هو مصرح به في غير موضع من كتابه، من أنه لو اشترى شيئاً ثم باعه، وظهر فيه عيب، لا يجوز له مطالبة الأرض، لإمكان عوده إليه، فلا يكون الرد ممتنعاً، ومثل الامتناع، الرد بوقف المبيع، وعق العبد وضياعه وهلاكه وأمثالها.

نعم، جعل منها خياطة الثوب وصبغه مما يمتنع فيه. ولعل نظره في امتناع الرد

خروج العين عن الهيئة التي هي عليها حال البيع، بحيث لا يمكن عودها إليه، وإلاّ فهو ممّا يمكن فيه الردّ فلا أرش، بل فيما لو تغيّر المبيع أيضاً، كمال و خيط الثوب أو صبغ، وإن قال إنّهُ امتنع فيه الردّ، إلّا أنّه علّق استحقاق الأرش، بعدم قبول البائع المتغيّر، ودفع إليه أجره الصّبغ ليس، له مطالبة الأرش.

هذا حاصل ما يستفاد من بعض كلمات الشّيخ، إذا عرفته علّمت أنّه يمكن التمسك باطلاق الأخبار في تضعيف قوله، وعدم اختصاص مورده بما فهمه من اليأس الاستمراري، لو تمّت دلالة الأخبار بذلك، كما ستتعرّض إليه إن شاء الله.

\*\*\*

## [في مسقطات خيار العيب]

قوله: «ثم أن المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار...»<sup>(١)</sup>.  
أقول: حاصل كلامه في هذا المقام، استظهار اختصاص الأخبار بأمّ الولد، وعدم كونها مسوقة لبيان حكم الحامل من غير المولى، لأجل القرائن الداخلية والخارجية التي سنذكرها فيما بعد.  
ولكن الإنصاف أن ما استظهره من الروايات لا يخلو عن النظر، بل لعل المتأمل الصادق يشهد باختصاصها بغير الحامل من المولى، ولعل المشهور أيضاً فهموا ذلك منها لا الأعم، وكيف كان، فالمتبع هو الظهور، فنقول قوله عليه السلام في رواية عبد الملك بن عمير «لا تُردّ التي ليست بجلبى إذا وطئها صاحبها، وله أرش العيب»<sup>(٢)</sup> كالصريح في أنه ليس له الردّ بعد الوطء في غير الحامل، وإن العلة للسقوط أنما هو الوطء، ومعلوم أن هذا فيما لو عقد عليها عقداً صحيحاً، إذ بدون

---

١- كتاب المكاسب: ٢٥٦ سطر ٧.

٢- وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٥ ص ١٠٦.

ذلك لا يعقل أمره باللزوم وامضاء العقد، فصار الكلام بمنزلة قولك «العقد الصحيح الواقعي على الجارية الغير الحامل التي ظهر فيها عيب لا يجوز للمشتري فسخه بعد الوطى» وأنما الوطىء علة لسقوط خياره. ومعلوم اعتبار الوصف في أمثال المقام ممّا هو مسوق لبيان التّحديد، يفيد انتفاء الحكم عن غير مورد الوصف بعد فرض إبقاء الكلام بحاله بجميع قيوده، كما هو القاعدة المطّردة في جميع المقامات التي نلتزم فيها بالمفهوم، ففهوم الكلام على هذا التقدير أنّ الوطىء في الحبل ليس علة للزوم العقد وسقوط الخيار. ومعلوم أنّ الحبل - التي يستفاد حكمها من هذه الفقرة من الرواية - هي غير أمّ الولد، لأنّها خارجة عن القسم، لامتناع وقوع العقد الصحيح عليها.

وبعبارة أخرى: التّقييد بالوصف ينفي الحكم عن الافراد الفاقدة للوصف، التي لولا التّقييد لكانت مندرجة تحت افراد الموضوع، ومعلوم أنّه لو قال «لا تُردّ الجارية إذا وطئت» لا يشمل اطلاقها أمّ الولد، إذ هي كالحرة بعد امتناع بيعها، فكما لا يشمل الحرّة لا يشمل أمّ الولد أيضاً، فهذه الفقرة من الرواية قرينة على اختصاص حكم ذيلها أيضاً بغير أمّ الولد ممّا يصحّ أن يقع عليها العقد صحيحاً، إذ الظاهر منه ليس إلّا كونه تصريحاً بالمفهوم المستفاد من التّقييد الواقع في الفقرة الأولى.

وأما صحيحة ابن سنان فهي أيضاً كذلك، بقرينة الاستشهاد بقول علي عليه السلام، فكانه عليه السلام قال الحكم المذكور بالفقرة الأولى أنما يستفاد من قوله عليه السلام أيضاً، بسبب تقييده عدم الردّ بعد الوطىء بكون العيب غير الحبل. وقد ذكرنا أنّ المفهوم المستفاد من «الفتية» بسبب التّقييد أنما هو نفي الحكم المذكور عن افراد الموضوع المذكور، الذي لولا التّقييد لكان مندرجاً تحت المنطوق، وقد عرفت أنّ أمّ الولد خارجة عن الموضوع كالحرة لا يشملها الحكم نفيّاً وإثباتاً، وهذه الرواية مضافاً إلى كونها ظاهرة فيما ذكرنا، مؤيدة بحمل الأخبار الأخر أيضاً على كونها مسوقة لبيان حكم



غير أمّ الولد، حيثُ أن صدر هذه الرواية مثل تلك الأخبار مطلقاً، وقد ذكر قول علي عليه السلام فيها من باب التأييد ظاهراً، لا لبيان الحكم، فكأن الفقرة الأولى بنفسها ظاهرة في غير أمّ الولد عندهم، كما يشعر به اطلاق القول فيها، ولعله من جهة ارتكاز بطلان بيع أمّ الولد في أذهانهم، وكون الحكم بديهاً عندهم، لا ينصرف اطلاق الحبل في مثل هذه المقامات إليها.

وكيف كان، فهذان الروايتان تغنينا عما نحن فيه من تأييد مذهب المشهور كما لا يخفى.

ثم أن ما ذكره من الوجوه الخمسة تضعيفاً لما ذهب إليه المشهور، وتأيداً لما قوّاه، فقد ظهر بما ذكرنا ضعف الأوّل منها، أعني ظهور الجملة الخبرية في الوجوب، حيث أنه فيما لو كانت الجملة بدوية، وأما في مثل المقام فلا يدلّ إلا على نفي عدم الجواز الثابت في القضية الأولى، فلا تدلّ إلا على جواز الردّ لا وجوبه.

وأما الثاني منها: أعني كون القصر خلاف القاعدة.

ففيه: أن حمل المجارية على أمّ الولد أيضاً مستلزم لمخالفة قاعدة أخرى، وهي رجوع المغرور إلى من غرّه، حيث أن المشتري مغرور، فلا يتخسّر بشيء إلا ويرجع إلى البائع الغار، فلا يجوز أن يرجع البائع إليه بشيء من التضمينات، فأخذه منه العشر أو نصفه مخالفة لهذه القاعدة أيضاً، وكون البائع جاهلاً بالحال لا يؤثر في عدم رجوع المغرور إليه، كما تقدّم في محله، فارتكاب إحدى المخالفتين ليس بأولى من الأخرى.

وأما الثالث منها: أعني مخالفتها لما دلّ على كون التصرف مطلقاً أو خصوص الوطئ مانعاً عن الردّ.

ففيه: أنها أخصّ منها فلا يعارضها، بل لعلها حاكم عليها، كما سنشير إليها إن شاء الله.

وأما الرابع: بعد تسليم أن الظاهر من قول السائل ما ذكره، وأنه صالح لرفع

اليد عن ظهور القضية عليه في حد ذاتها.

ففيه: أنه مخصوص بموروده. وأما الروايتان المذكورتان اللتان استظهرنا منهما ما ذكرنا فلا.

وأما الخامس ففيه: أنه بعد ما بينا سابقاً أن المراد بالحدّث المسقط، ليس كلّ تصرّف، ليس الفرض نادراً، مع أنه بعدما التزمنا بعدم سقوط الخيار الوطئ في الحامل، نلتزم بعدم سقوطه بغير الوطئ أيضاً، ممّا هو أهون من الوطئ، كالّتقيل واللمس بالأولوية، نعم، لو اجتمع بعضها ممّا ليس بلازم للوطئ غالباً، لا مانع عن الالتزام بعدم جواز الردّ فيها بالخصوص، ولا محذور فيه.

وأما ما ذكره من التعارض؛ ففيه مع أن تصوّره أمّا هو بعد فرض تعميم الأخبار لأئمّ الولد أيضاً، وقد عرفت إمكان منعها، فيصير أخصّ مطلقاً، أن هذه الأخبار حاکمة عليها، فلا يراعى النسبة بينها، حيث أنها ببدلوها متعرّضة لحالها، كما في الرواية المستشهد فيها بكلام علي عليه السلام، فكأنه يدلّ ببدلوله أن الحكم بعدم الردّ المعروف المعهود أمّا هو في غير الحبلى، وإذا كان في قوّة هذه العبارة لا يراعى النسبة لكونه مفسّراً له، كما تقرّر في محله، وعلى فرض تسليم التعارض، فما ذكره من المرجحات قد عرفت ما فيها.

وأما وجه اختصاصها بما عدى الوجه الثالث فظاهر، ضرورة أن الوجه الثالث هو تقريب للمعارضة، فلا يصحّ جعله من المرجّحات، ثمّ على فرض التكافؤ قد يمنع الرجوع إلى العام فوق، أعني ما دلّ على أن مطلق التصرف مسقط لأجل المناقشة التي أشرنا إليها من منع تسرية الحكم منها إلى خيار العيب، حيث أن الالتزام بالبيع أجنبى عن الرضا بالعيب، بل بدعوى أن هذا العام أيضاً كخاصّ معارض لهذه الأدلّة. غاية الأمر أن أحد المتعارضين أخصّ مطلقاً من الآخر، وما هو الصالح للرجوع إليه بعد التكافؤ ما لا يكون بنفسه معارضاً، كأن يكون أعمّ من المتعارضين مطلقاً، وأما إذا كان أعمّ من وجه، كما فيما نحن فيه فلا.

نعم، قد تكون الموافقة منشأ للاعتضاد، فيقدّم من هذه الجهة، وهذا غير المرجعية كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال، إن النسبة وإن كانت كما ذكرت، نظراً إلى خروج أم الولد عن حكم العام واندرجاه تحت المعارض، إلا أن هذا العام المعلّل مسوق لبيان القاعدة الكلية في باب البيع، بحيث يعلم أنه لا يرفع اليد عن هذه القاعدة المؤسسة الألعارض، فما لم يثبت المعارض يجب الجري على ما تقتضيه القاعدة المستفادة منها كسائر القواعد الثابتة بالإجماع وغيره، وهذا معنى الرجوع إليها، لا أنه مما تقتضيه القواعد اللفظية من حيث هي، فتبصر.

قوله: «الثالث من المسقطات حدوث عيب عند المشتري...»<sup>(١)</sup>.

أقول: كون العيب مسقطاً أمّا هو من جهة كونه منشأ لتغير المبيع فلا يكون المبيع بعده قائماً بعينه حتى يجوز ردّها فعلى هذا نقول مقتضى القاعدة سقوط الردّ بالعيب الأوّل مطلقاً، سواء كان حدوث العيب ثابتاً قبل القبض أو بعده، في زمان الخيار أو بعده، وجوازه بالعيب المتجدّد دائر مدار القول بسببته لجواز الردّ، فحيثما قلنا إنه منشأ لخيار العيب، ولو في مبيع صحيح حال العقد نلتزم به هنا، وإلا فلا، فلو حدّث العيب في زمان لا يكون المبيع مضموناً على البائع يسقط به الردّ.

وأما لو حدث فيما إذا كان مضموناً على البائع، فالظاهر ثبوت الخيار بهذا العيب، إذ كما أن ذات المبيع مضمون على البائع بجميع أجزائه، كذلك مضمون بما هو كالجزء، أعني وصف الصحة، ولما كان الإلزام بالردّ مخالفاً للقواعد، فيجوز للمشتري الردّ بهذا العيب لا بالعيب السابق، لأجل حدوث التغير المانع عن الردّ. ويتفرّع على ما ذكرنا أنه لو تغير المبيع بما لا يوجب نقصاً فيه حتى يضمنه

البائع، كأن يتغير لون الثوب بما لا يعدّ عيباً يسقط الردّ.  
ودعوى: الأولوية في المقام، بينة الفساد.  
وحيث أن الردّ في القسم السابق بالعيب الحادث لا الأوّل، إلا أن الزامه  
بامساك العيب ضررٌ عليه فيرتفع.

ودعوى: كونه في ملكه كالتغير الحادث بعد زمان الخيار.  
يُمكنُ منعها، بأنّ كون المبيع مضموناً على البائع، كما يقتضي ثبوت الخيار بعد  
العيب الحادث، كذلك يقتضي عدم سقوط الخيار بما هو أهون من العيب، بحيث لا  
يوجب نقصاً في المبيع.

وإن شئت قلت: جواز الردّ بعد التغير ليس لعيبٍ أولى من جوازه بعد  
صيورته معيباً، ولعلّ كون الضمان عليه أن لا يترتب على المشتري ضررٌ من قبله.  
وقد عرفت أن الإلزام ضررٌ عليه فيرتفع في زمان الخيار، وهذا بخلاف ما لو انقضى  
خياره، فأنه ضررٌ سماوي وليس ضمانه على أحدٍ، فافهم.

قوله: «وأمّا الثالث أعني العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض  
والخيار»<sup>(١)</sup>.

أقول: مقتضى ما ذكرنا سقوط الخيار بحدوث العيب في الصّورة المفروضة،  
لعدم كون المبيع قائماً بعينه، وقد يتوهّم قيامه بعينه في مثل تبعض الصفقة وعيب  
الشركة، حيث أنه قبل الردّ قائمٌ بعينه، وبعده ليس مشمولاً للرّواية.

ولكن يمكن دفعه باستفادة أن المقصود وصول العين بأوصافها الثابتة لها إلى  
البائع، لابقائها قبل الردّ بما هو، وليعلم أن المراد بالتغير ما به يتفاوت الأغراض  
النوعيّة، وإن لم يحصل به نقصٌ في الأثمان. وأمّا مجرد التغير بما لا يُعدّ عرفاً تغيراً أو

التغير بمثل السمن، فالظاهر عدم كونه مشمولاً للرواية، وأما مثل نسيان الكتابة فهو داخل قطعاً، هذا إذا كان المستند في إثبات الخيار هو هذه الرواية وما شابهها. وأما لو كان المدرك قاعدة نفي الضرر، فيشكل الحال فيما نحن فيه، ضرورة قصوره عن إفادة الحكم في مثل المقام، أما لأجل تعارض الضررين، أو لدعوى عدم شمولها رأساً، لما إذا استلزم نفي الضرر اضرار الغير، لكون حديث نفي الضرر وارداً في مقام الامتنان، وهذا ينافيه. ثم أنه بعد التعارض هل المرجع هو استصحاب الخيار، أو أصالة اللزوم، ففيه وجهان:

من اليقين السابق، والشك في سقوطه وارتفاعه. ومن أن الموضوع هو المتضرر الذي لا يتضرر بنفي ضرره الغير، كما هو قضية كونه في مقام الامتنان، وقد ارتفع الموضوع. ولعل الأول أقوى، لو لم ينحصر الدليل في الحالة الأولى في نفي الضرر، كأن يكون الحكم إجماعياً، وأما على فرض الانحصار، فلا يخلو الوجه الثاني عن قوة، فافهم.

قوله: «لأن المردود إن كان جزءً مشاعاً من المبيع الواحد، فهو ناقص من حيث حدوث الشركة»<sup>(١)</sup>.

أقول: تصوير تحقق العيب في جزء مشاع من المبيع لا يخلو عن خفاء، وقد يثقل له بما إذا تعلق الدعوى ببعض مشاع منه، فيكون ذلك البعض معيباً. ويمكن المناقشة فيه: بأن تعلق الدعوى بالبعض منشأ لسراية العيب إلى الكل، ضرورة نقصان قيمة العين بتمامها - بملاحظة هذه الدعوى - عن قيمتها

السوقية فتأمل .

قوله : «إذ قد يتعلّق غرضه بامساك الجزء الصّحيح»<sup>(١)</sup>.

أقول : مراعات ضرر البائع مقدّم، لأنّ هذا ليس إلّا منافياً لتمام السّلطنة، وقد تقرّر أنّ لا ضرر حاكمٍ على دليل السّلطنة، كما تقدّم تقريره في بعض المباحث المتقدّمة. وعلى هذا فمقتضى دليل نفي الضرر في الصّورة المفروضة، نظراً إلى حال المشتري بعد ضمّ قاعدة اللّزوم، أنّما هو جواز الردّ له في الجزء المعيب دون الصّحيح. إلّا أنّ الزامه به مستلزم، لتبعض الصّفقة على المشتري، أو الصّبر على المعيب. وهذا أيضاً ضرر فيرتفع، ومقتضاه أنّه لا يجب عليه تحمّل أحد الضّارين، فيجوز له ردّ الجميع وامساكه، كما أنّه مخيرٌ في ردّ المعيب منفرداً وامساكه، كما هو مقتضى دليل الضرر أولاً، إلّا أنّه في الصّورة الأخيرة مستلزمٌ لتضرّر البائع من حيث تبعض صفقته فيُجبر بالخيار، كما في الحيوان.

ثمّ، لا يخفى عليك أنّ جواز التمسك بنفي الضرر لإثبات جواز الردّ فيما نحن فيه، أنّما هو بعد الغضّ عن دلالة الرّواية على سقوط الخيار بالنّسبة إلى ردّ المعيب بخصوصه، وأمّا بالنظر إليها، والتزام دلالتها عليه بدعوى أنّ الاستفادة منها وصول المعيب إلى البائع، على التّحوّل الذي كان ثابتاً عليه قبل البيع، بحيث لا يرد عليه من قبله نقص أصلاً سوى ما كان عليه، فيشكل الاستناد في إثبات الخيارات فيما نحن فيه بنفي الضرر.

وأمّا بالنّسبة إلى المعيب بخصوصه، فلتخصيصها بقوله «إنّ لم يكن قائماً بعينه لا يجوز الردّ».

وأمّا بالنّسبة إلى المجموع، فلما عرفت من أنّ جواز ردّ المجموع، إنّما نشأ من

كون الزام المشتري بردّ خصوص المغيّب ضرراً عليه، فينتفي ضرر التبّعيض بجعل الخيار في المجموع، ومعلوم أنّ هذا إنّما يستقيم لو ثبت له الخيار في البعض، حتّى يقال إنّ الزامه به بالخصوص ضرراً عليه، وأمّا لو ثبت عدمه فلا. وتوهّم: أنّ تحقّق المانع عن ردّ البعض، مستلزمٌ لنفي اللّزوم عن أصل البيع، المقتضي لجواز ردّ المجموع.

يمكن دفعه: بأنّ الحكم الضّرري في المقام ليس إلّا لزوم البيع بالنسبة إلى المغيّب، وأمّا بالنسبة إلى الصّحيح فلا، إذ لا ضرر في لزوم الوفاء بالعقد بالنسبة إليه، نعم، الخيار في خصوص المغيّب، واللّزوم في الباقي، مستلزمٌ لضرر التبّعيض، كما عرفت آنفاً، وهذا متفرّعٌ على ثبوت الخيار في الجملة، والمفروض أنّه قد نفاه الرواية، فتأمّل.

قوله: «فإنّ المانع فيهما ليس إلّا حصول الشركة»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد عرفت سابقاً أنّ نفس التغيّر بنفسه مما لا يوجب زيادة القيمة ولا نقصانها. نعم، ينبغي تقييدها بما يتعلّق به الأغراض النوعيّة، ولذا لا نلتزم بالسقوط في مثل السّمّن، إذ الهزال ليس وصفاً يتعلّق به الغرض نوعاً، حتّى يلزم من تفويته منقصةً على البائع، لأجل فوت غرضه ولو بملاحظة النوع.

قوله: «في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: في العبارة مسامحة، والظاهر أنّ غرضه أنّ الدّليل يدلّ على ثبوت الخيار في مجموع المحلّ لا كلّ جزء، إلّا أنّ الاشكال في أنّ المحلّ هو خصوص المغيّب أو تمام المبيع.

١- كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٣٠.

٢- كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٣١ وفيه (في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع).

قوله: «وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً عن اثنين...»<sup>(١)</sup>.

أقول: جعل الملاك في وحدة العقد وتعدده اتحاد القبول وتعدده، لا يخلو عن نظر، بل المدار على كيفية جعل المالك وانشائه، إذ ربّما يجعل البائع كليهما بمنزلة شخص واحد، وينشأ نقلاً واحداً، وإن كان المنقول إليه متعدداً، إلا أنه لا يلاحظ تعدده، فينشأ العقد على نحو ما لو وكل شخصاً ثالثاً.

وإن شئت توضيحه: فليفرض ما لو وكل ثالثاً، فأنشأ البائع ثم قبلهما بنفسهما قبل أن يقبل الوكيل، هذا في صورة التعدد، وأما في صورة وحدة القبول، فربّما يقصد البائع النقل إلى الشخصين، إلا أن يتلفظ بعقد واحد اختصاراً في العبارة، فيقول «بعث هذا الشيء» ويقبل الوكيل عنهما بقوله «قبلت عنهما»، وحينئذٍ فلا إشكال في تعدد العقد.

قوله: «فإنه عُلِّلَ عدم جواز الردّ...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: يمكن أن يكون هذا الكلام إلى آخره، تقريباً لعدم علم البائع، المستفاد من كلامه أنه هو العلة، لا لعدم جواز الردّ، فإن هذا المعنى وإن كان أظهر، إلا أنه بعد ملاحظة تمام العبارة لعله يكون ظاهراً في المعنى الأول، فلاحظ وتأمل.

قوله: «ثم أن البراءة في المقام...»<sup>(٣)</sup>.

أقول: الظاهر أن البراءة والتبرّي في هذا المقام ليس إلا كقوله تعالى: «أَن الله

١ - كتاب المكاسب: ٢٥٩ سطر ٢٠.

٢ - كتاب المكاسب: ٢٥٩ سطر ٢٢.

٣ - كتاب المكاسب: ٢٦٠ سطر ٣٠.



بريء من المُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ<sup>(١)</sup> لا من براءة الذمّة، فعنّى تبرّي البائع عن العيوب، جعل نفسه أجنبيّاً عنها، بحيث لا رجوع لأحد من قبلها إليه، بمعنى سلب العُلقَة عن نفسها بالمرّة، وجعلها على ضمان المشتري، فتأمل.

قوله: «وكيف كان، ففي سقوط الردّ...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: قد ظهر من سيّد مشايخنا دام ظلّه تقوية ما قوّاه شيخه المصنّف رحمه الله، من سقوط الردّ وثبوت الأرش، إلّا أنّ للنّظر فيما ذكرناه مجالاً، إذ لا وجه للتّفكيك بعد اتّحاد الموضوع والدليل.

ودعوى: جريان دليل نفي الضّرر في خصوص الأرش، قابلة للمنع. واما الرواية التي يستند إليها في إثبات أصل الحكم، فيمكن دعوى انصرافها إلى العيوب الباقية إلى زمان الردّ، لا الزائلة قبل العلم، ولو قيل بشمولها للمقام فنلتزم بجواز الردّ أيضاً.

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ استصحاب استحقاق الأرش أيضاً، كاستصحاب الخيار قابلٌ للمناقشة، بعد دعوى انصراف الرواية عنها، حيث لا نعلم بتحقيقه سابقاً حتّى يستصحب، فتأمل.

قوله: «فإن المشتري لمّا أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر...»<sup>(٣)</sup>.

أقول: جعلُ الإقدام بالمعاملة منشأ لما ذكره لا يخلو عن تأمل، لأنّ دعوى الانصراف مستلزمٌ لكون العلم بالعيب شرطاً في تحقّق الخيار، مع أنّنا لا نلتزم به.

١- سورة التوبة: آية ٣.

٢- كتاب المكاسب: ٢٦١ سطر ٨.

٣- كتاب المكاسب: ٢٦١ سطر ٢٨.

وأما ما ذكره من الملازمة بين الردّ والأرض، فإنما يتم إذا قلنا ببقاء الشك بعد الزوال في جواز الردّ حتّى يُستصحب الجواز، وهذا مبنيّ على عدم ظهور الرواية في اختصاص الردّ بكون المردود معيوباً ما دام مردوداً، فلاحظ وتأمل، إذ هو حكم من أحكام المعاملة الربويّة، على تقدير ثبوته، بحيث لا يؤثر فيه علم المستري وجهله، مع أنّه لا يتصور الإقدام في صورته جهله بالحكم وغفلته عن العيب.

نعم، أمّا هو لما أقدم على المعاوضة، فقد أقدم عليها مع ما يتبعها من الآثار الشرعيّة، فالأولى أن يستند في سقوط الأرض مطلقاً، حتّى بعد تعذر الردّ، بأدلة الرّبا لو كان فيها ما يبي بالمقام، وأمّا مجرد عدم جواز اعتبار وصف الصّحة في المعاملة الربويّة، من حيث الماليّة في المعاملة الربويّة، بحيث يُقابل مالاً زائداً على الطرف الآخر، فقد عرفت أنّه بنفسه لا يصلح مانعاً عن أخذ الأرض، بعد تبين العيب في المبيع، إذ عدم اعتباره في أصل المعاوضة لا يستلزم الغائه رأساً، وبهذا يمكن الخدشة فيما سيذكره في توجيه كلام العلامة، فتأمل.

ثمّ إنّ جعل التصرف في المبيع كاشفاً عن الرضا بالعيوب أيضاً لا يخلو عن نظر. ولو بعد العلم بالعيب أيضاً، لو لم يعلم عدم جواز الأرض، فتأمل.

\*\*\*

إلى هنا جفّ قلمه الشريف قدس الله نفسه وطيب رسمه. وقد تم استنساخه على يد أقل الطلبة عملاً، وأكثرهم زللاً، تراب أقدام المؤمنين، محمد صادق، بن حسن، بن إبراهيم، بن الحسين، بن الرضا، ابن العلامة محمد مهدي الشهير ببحر العلوم الطباطبائي الحسني البروجردي الغروي، في اليوم التاسع من شهر ذي القعدة من سنة الألف والثلاثمائة والاثنتين والأربعين من الهجرة النبويّة عليه آلاف السّلام والتّحية، أمين.

## مصادر التحقيق

- ١- كتاب الخلاف، للشيخ الطوسي، طبعة جماعة المدرّسين.
- ٢- كتاب السرائر، لابن ادريس الحلّي، طبعة جامعة المدرسين، ١٤١٠هـ.
- ٣- كتاب الكافي، محمّد بن يعقوب الكليني، طبعة دار الكتب الإسلامية.
- ٤- كتاب التهذيب، للشيخ الطوسي، طبعة دار الكتب الإسلامية، طهران.
- ٥- شرائع الإسلام، المحقّق الحلّي، طبعة مؤسسة إسماعيليان، ١٤٠٨هـ.
- ٦- قواعد الأحكام، العلامة الحلّي، الطبعة الحجرية.
- ٧- جامع المقاصد، المحقّق الكركي، طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام، ١٤٠٨هـ.
- ٨- مجمع الفائدة والبرهان، المولى أحمد الأردبيلي، طبعة جامعة المدرسين.
- ٩- عوالي اللئالي العزيزية، ابن أبي جمهور الأحسائي، طبعة سيّد الشهداء عليه السلام، ١٤٠٥هـ.
- ١٠- جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، طبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١١- مستدرک الوسائل، الميرزا حسين النوري، طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام.

- ١٢ - حاشية المكاسب، للشيخ محمد حسين الإصفهاني، تحقيق الشيخ عباس آل سباع.
- ١٣ - طبقات اعلام الشيعة، الشيخ آغا بزرك الطهراني.
- ١٤ - أعيان الشيعة، السيد محسن الأمين العاملي، طبعة وزارة الإرشاد الإسلامي.
- ١٥ - سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي.
- ١٦ - سنن البيهقي، طبعة دار المعرفة.
- ١٧ - تفسير الكشاف، جلال الدين السيوطي، طبعة دار الكتاب العربي.
- ١٨ - لسان العرب، ابن منظور، طبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٩ - معجم مقاييس اللغة، ابن فارس الرازي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.
- ٢٠ - المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، منشورات دار الهجرة، قم.



## الفهرس

أ	المقدمة .....
د	ترجمة المؤلف ﷺ: .....

## كتاب البيع

٣	تعريف البيع .....
١٣	تحقيق حال بيع الدين .....
١٦	الكلام في المعاطات .....
١٩	الكلام في تصوير المعاطات .....
٢٤	حكم أقسام المعاطات .....
٣٢	في ملزمات المعاطات .....
٣٩	في شروط البيع .....
٤٥	في شرط الجزم والتنجز .....
٤٧	في قاعدة ما يضمن بصحيحه .....

٦٣	في قاعدة ما لا يضمن بصحيحه
٨٠	في وجوب ردّ المقبوض فاسداً
٨٥	في المثلي والقيمي
١٠٧	في تعذر ردّ المثل
١١١	في اعتبار القيمة
١١٩	في معنى ضمان العين
١٤٥	الكلام في شروط المتعاقدين
١٥١	في عقد الصبي وتصرفاته
١٥٨	في قصد مدلول اللفظ
١٦٠	في الاختيار
١٦٢	في معنى الاكراه
١٦٥	في معنى التورية
١٦٧	في فروع الاكراه
١٧٥	في تعقّب العقد بالرضا
١٨٢	في إذن السيد
١٨٧	في كونهما مالكين أو مأذونين
١٨٧	في كونهما مالكين أو مأذونين
١٨٨	تحقيق القول في عقد الفضولي
٢٠٧	القول في الإجازة
٢٢٠	الإجازة والبحث عن حكمها الشرعي
٢٢٢	في تحقّق الإجازة بالكناية
٢٢٥	اشتراط عدم سبق الإجازة بالردّ
٢٢٩	الكلام في المجيز

- ٢٣٦ لو باع معتقداً غير جائز التصرف
- ٢٣٦ فيما لو باع معتقداً غير جائز التصرف ..
- ٢٣٩ مسألة في أحكام الردّ .....
- ٢٥٤ البيع بلا ثمن .....
- ٢٦٢ في توارد الأيدي على عين واحدة .....
- ٢٦٦ فيما لو باع نصف الدّار .....
- ٢٧٢ فيما يقبل التملك وما لا يقبل
- ٢٧٦ الولاية على مال الصغير .....
- ٢٨٢ ولاية عدول المؤمنين
- ٢٨٦ في بيان قاعدة حمل فعل المسلم على الصّحة ..
- ٢٩٣ في احكام الأراضي .....
- ٣٠٢ في الأراضي المفتوحة عنوة
- ٣٢٠ حكم الأراضي العامرة والغامرة وتقبيلهما من السلطان
- ٣٤٤ في بيع الوقف .....
- ٣٧٦ في أن القدرة على التسليم شرط في العوضين
- ٣٨٢ اشتراط العلم بقدر المثلثين ..
- ٣٩٥ في بيع متساوية الأجزاء
- ٤٠٠ في بيع متساوية الأجزاء
- ٤٠٧ في البيع بروية قديمة
- ٤٢٠ في بيع المجهول .....
- ٤٢٩ في الانتدار
- ٤٤١ في بيع المظروف مع ظرفه
- ٤٤٦ في استحباب التفقه في مسائل التجارات



## كتاب الخيارات

٤٥١	في بيان الفرق بين الحق والحكم
٤٥٣	أدلة أصل لزوم المعاملات
٤٦٠	في خيار المجلس
٤٦٨	في المستثنيات عن خيار المجلس
٤٧٣	في مسقطات خيار المجلس
٤٨٠	في مسقطات خيار الحيوان
٤٨٣	خيار الشرط
٤٨٧	في خيار الغبن
٤٩١	في مسقطات خيار الغبن
٥٠٤	في فورية خيار الغبن
٥٠٩	في خيار التأخير
٥١٣	في خيار الرؤية
٥١٦	في خيار العيب
٥٢٢	في مسقطات خيار العيب
٥٣٤	مصادر التحقيق

